جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

القسمة الرضائية في العقار

- دراسة مقارنة -

إعداد
مازن زايد جميل عمران

إشراف
الدكتور حسين مشاقي

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، في نابلس، فلسطين.

2008م

القسمة الرضائية في العقار

- دراسة مقارنة -

إعداد

مازن زايد جميل عمران

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ: 4/ 9/ 2008م، وأجيزت

أعضاء لجنة المناقشة: **التوقيع**

1. الدكتور حسين مشاقي / مشرفا رئيسا ....
2. الدكتور جهاد كسواني / ممتحنا خارجيا ....
3. الدكتور علي السرطاوي / ممتحنا داخليا ....

الإهداء

إلى الكلمة الصريحة إلى عنواني ... أبي الغالي

إلى الحياة إلى الحنان إلى الصدق ... أمي الحبيبة

إلى البقية الباقية والخالدة في عروقي ... زوجتي الغالية وأولادي

إلى من كانوا معي في صغري وبقوا معي في كبري إلى الذخر والسند ... إخواني الأعزاء

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الخلق محمد صلى الله عليه وسلم

كل الشكر والامتنان والتقدير والعرفان إلى الدكتور حسين مشاقي على ما قدمه لي مـن إفـادة وعون، وعلى صبره وتواصله معي.

أتقدم بالشكر والاحترام لأعضاء لجنة المناقشة الدكتور جهاد لكسواني مشرفاً خارجياً، والدكتور علي السرطاوي ممتحناً داخلياً، والذين تفضلوا بقبولهم مناقشة رسالتي.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لكل من دوائر التسجيل في محافظة نابلس، وفي محافظة جنين، وفـي محافظة رام الله، وأتقدم بالشكر لكل من دوائر ضريبة الأملاك في المحافظات الشمالية (المالية)، وإلى دوائر المساحة (سلطة الأراضي) في المحافظات الشمالية.

وأتقدم بالشكر إلى الزملاء الذين ما بخلوا علي من علم أو معرفة.

الباحث

إقرار

أنا الموقع أدناه، مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

القسمة الرضائية في العقار

– دراسة مقارنة –

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أيـــة درجـــة أو لقـــب علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's Name: اسم الطالب:

Signature: التوقيع:

Date: التاريخ:

فهرس المحتويات

القسمة الرضائية في العقار الشائع

-دراسة مقارنة -

إعداد مازن زايد جميل عمران

إشراف

الدكتور حسين مشاقي

الملخص

تتلخص هذه الدراسة في أحد أهم حالات إنهاء الملكية الشائعة في العقار ويكون ذلك عن طريق القسمة الرضائية، فقد اعتبر العقار وما زال يعتبر في الوقت الحاضر من الأموال القيمية.

وتعتبر الملكية الشائعة في العقار عقبة أمام المالكين تحد من حرية تصرف كل مالك بالحصة الشائعة في هذا العقار بشكل مستقل ومنفرد عن بقية المالكين، وعلى فرض إنهاء الملكية الشائعة عن طريق القسمة الرضائية فإنه يشترط عدم تفويت منفعة القسم الذي اختص فيه ذلك الشريك من هذا العقار بعد واقعة القسمة.

ودراسة هذه الرسالة جاءت في ثلاثة فصول، وعليه فقد تناول الباحث مقدمة هذه الرسالة بين فيها ما هو المقصود بالمال الشائع حسب مفهوم القانون الوضعي المقارن وجاء في الفصل التمهيدي مبحثين بين في الأول مفهوم القسمة وتعريفها ومزاياه، ودرس هذا المبحث في مطلبين الأول: القسمة لغة وقانوناً، والثاني عقد القسمة عقد شكلي ورضائي، وبين في المبحث الثاني الشروط الواجب توافرها في عقد القسمة الرضائية، وهي أربعة شروط تناولتها في أربعة مطالب حيث جاء في الأول الإجماع، وفي الثاني الحضور، وفي الثالث الأهلية وفي الرابع التسجيل.

وتناولت في الفصل الأول دراسة القسمة الرضائية ماهيتها وحالاتها على مبحثين الأول ماهية عقد القسمة الرضائية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، درس في مطلبين الأول ماهية عقد القسمة الرضائية في القانون الوضعي، والمطلب الثاني ماهية القسمة الرضائية في الفقه، وفي

المبحث الثاني حالات القسمة الرضائية وجاء في ثلاث مطالب الأول القسمة الرضائية مع وجود عديم الأهلية أو ناقص الأهلية أو الغائب والثاني القسمة الرضائية مع وجود دائنين أو مستحقين من الشركاء أو من غير الشركاء، والثالث الخيارات التي يعطيها عقد القسمة للشركاء.

وفي الفصل الثاني القسمة الرضائية إجراءاتها وأثارها قمتسه إلى مبحثين الأول إجراءات القسمة الرضائية، وفيه مطلبان الأول إجراءات القسمة الرضائية والثاني العقار غير القابل للقسمة الرضائية، وأثار ذلك وفي المبحث الثاني آثار القسمة الرضائية في مطلبين الأول الآثار القانونية للقسمة الرضائية في القانون الوضعي والثاني آثار القسمة الرضائية في الفقه الحنفي، ومن ثم خلصت إلى الخاتمة تضمنت بعض النتائج ووضعت بعض التوصيات.

المقدمة:

تعتبر مسألة الشيوع في العقار من ابرز المشاكل العملية التي يعاني منها الشركاء عند القسمة، فقد يكون الشيوع في الأرض وحدها، بحيث يملك كل منهم حصصاً متساوية أو غير متساوية على الشيوع في عدد من قطع الأراضي، وقد يكون الشيوع في أرض مقام عليها أبنية، وفي هذه الأحوال نص المشرع في القوانين الخاصة لمعالجة حالة الشيوع التي قد تنشأ في العقار، ومنها قوانين الأراضي وكذلك نظام الطوابق والشقق أي في العمارات السكنية المؤلفة من عدة طوابق، وعالجتهاأيضا مجلة الأحكام العدلية تحت مسمى العلو والسفل كأن يكون الشخص يملك حصة من الأرض المقامة عليها العمارة ويملك شقة سكنية من هذه العمارة ويشترك على الشيوع في جدران هذه الشقة التي تفصل بينه وبين شريكه في شقة أخرى وكذلك في السقف الذي تكون أرض شقة فوقه وفي أرض شقته التي تكون بدورها سقف من تحته.

وعند النظر إلى الشيوع في الأراضي نجد اختلافاً في أنواعها وتصنيفاتها وعليه كانت القسمة وآلياتها تختلف باختلاف هذا النوع أو ذلك التصنيف بحيث يتوجب البحث عن نصوص القوانين الخاصة ذات العلاقة بكل نوع من هذه الأراضي، فنجد الأراضي المسجلة لدى دوائر تسجيل الأراضي (الطابو)* والتي تمت أعمال التسوية فيها يطبق عليها قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة1953م وهنالك من الأراضي التي لم تنته أعمال التسوية فيها في عهد المملكة الأردنية على أراضي الضفة الغربية بسبب الاحتلال الإسرائيلي عام 1967 وإصدار الأوامر العسكرية بإيقاف كافة أعمال التسوية التي كانت قد بدأت بها الأردن وهذه لها قواعد خاصة، وهناك الأراضي التي تعرف باسم أراضي المالية وهي المسجلة لدى دائرة ضريبة الأملاك لغايات دفع الضريبة للشخص المتصرف بها والمسجل اسمه لدى الدائرة وكان ذلك في عهد الدولة العثمانية ومن بعدها في عهد الانتداب البريطاني على فلسطين وهذا النوع من الأراضي لم تجرِ عليه أية إجراءات تسجيل، وتقسم الأراضي سواء في القانون أم في الفقه إلى الأراضي الملك* والميري*، والموقوف بشقيها، والمتروك اوالسائبة، كذلك جاءت تقسيمات

---

* الطابو: وهي ما عرفت بالدفتر الخاقانية وجاءت تسميتها في عصر الدولة العثمانية وكان يقصد بها دائرة التسجيل.

* الملك: ويقصد بالأرض الملك حسب تقسيم الأراضي المملوكة وفقاً لقانون الأراضي العثماني الصادر في 17 رمضان لعام 1274هـ، في مواده الأولى والثانية (المواد 1، 2) إلى أربعة أقسام، القسم الأول: العرصات والقصبات التي تقع داخل حدود المدن والقرى مهما بلغت مساحتها وكذلك تتمة السكنى التابعة لها والتي لا تتجاوز مساحتها نصف دونم، وهذه

أخرى حسب القوانين الخاصة المتعلقة بالمدن والقرى والتي جاءت نصوص المواد فيها لتحّول نوع أراضٍ معينة إلى نوع أخر من الأراضي إذا تحققت الشروط لذلك، ويكون ذلك بدخول الأرض حدود هذه المدينة أو تلك القرية أو البلدة أو ما يعرف بقصبة القرية أو المدينة، ومن هنا فإن الآثار القانونية المترتبة على ما ذكرنا تختلف باختلاف تصنيفها من ناحية تطبيق القوانين عليها والإجراءات الواجب إتباعها ومنها القسمة حتى تحدث آثارها القانونية عليها.

وأيضا فإن تعاقب الحكومات التي سيطرت وحكمت على أرض فلسطين هي كثيرة، إذ كانت كل واحدة من هذه الحكومات تحدث وتعدل وتبدل على القوانين السارية، ومنها القوانين المتعلقة بالأراضي والعقارات.

نطاق الدراسة:

يتفرع البحث إلى أمور تعتبر جوهرية في الدراسة وتكمن في الإجراءات المتباينة للقسمة الرضائية على أنواع العقارات المختلفة، وفي الأهلية الواجب توافرها في عقد القسمة الرضائية وفي الآثار القانونية للقسمة الرضائية، وهل تعتبر هذه الآثار آثارا كاشفة للملكية أم ناقلة لها أم ذات أثر مستند، وذلك حسب القانون الوضعي وبعض الآراء في الفقه الإسلامي.

إشكالية الدراسة:

تتمثل إشكالية الدراسة في تنوع القوانين المطبقة على العقار في فلسطين، وذلك فيما يتعلق بقسمة هذا العقار الشائع، فقد نجد أن قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953 يطبق على الأراضي التي تمت فيها التسوية، وان مجلة الأحكام العدلية والتي تمثل القانون المدني في فلسطين ونصوصها مستقاة من الشريعة الإسلامية تطبق على باقي أنواع

النتمة لا يدفع عنها عشر أو إخراج، والثاني: الأراضي التي كانت بالأصل من الأراضي الأميرية ثم أفرزت وملكت تمليكا صحيحا إلى الشخاص والجهات التي لها شخصية معنوية وفقاً لأحكام القوانين المرعية، الثالث: الأراضي العشرية، والرابع: الأراضي الخراجية". نقلا عن الدحدوح، سالم حماد، **الطبيعة القانونية للتسجيل واثر تخلفه في البيع العقاري**، دراسة لاحكام القانون الفرنسي والمصري والعراقي والاردني والفلسطيني مقارنة بفقه الشريعة الاسلامية، رسالة دكتوراه، طبعة ثانية، 1998، ص48.

[*] الارض الميري:، ويقصد بالأرض الميري" ميري نسبة إلى ميرة أي غلة السنة، مؤونة المدينة، والجيش السنوية، جزء من الغلة تخص الدولة كضريبة حكومية " ويقصد بالأميري: الأميري نسبة إلى أمير المؤمنين في الدولة العثمانية. انظر إبراهيم الياس عباد **الملك والمملوك، ملاحظات قانونية في تمييز أراضي الافراد في الأراضي الأميرية في فلسطين،** عرضها بالايطالية الأب فيليب تلفاكيا "القانوني" نقلها إلى العربية ابراهيم الياس عياد، مطبعة سيدة فلسطين،1936,ص14.

الأراضي، وعليه فإن حصلت القسمة في كل نوع من هذه الأراضي فما هي حجية هذه القسمة على الشركاء وما هي آثارها، وما هي الإجراءات المتبعة عند قسمة هذا النوع أو ذاك من الأراضي؟ وما هو النظام القانوني الذي يعالج القسمة الرضائية، وما هو أثر تنوع القوانين وتنوع العقارات وتنوع الإجراءات؟.

أهداف الدراسة:

لقد عالجت القوانين موضوع الدراسة موضوع القسمة الرضائية للعقار في نصوص مختلفة ومنه فان الدراسة تهدف إلى إلقاء الضوء على ماهية القسمة الرضائية وإجراءاتها على العقارات وطبيعتها وآثارها وأحكامها وأنواعها والعمل على مناقشة الآثار القانونية الناتجة عن القسمة الرضائية، وهذا كله في ظل القانون الوضعي والنظر إلى أقوال الفقهاء القانونيين وفي مجلة الأحكام العدلية والنظر إلى بعض ما جاء به الفقه الإسلامي في مواضيع معينة، والخروج بالسبل الكفيلة لحل المشاكل القانونية من جهة والواقعية من جهة أخرى والتوصية على توحيد القانون الخاص المطبق في فلسطين والمتعلق بالأموال غير المنقولة وخاصة في ظل مشاريع القوانين الخاصة ومنها مشروع القانون المدني الفلسطيني ومشروع قانون الأراضي الفلسطيني.

أهمية الدراسة:

نرى في الحياة العملية الكثير من صور المال الشائع في العقار وأن بقاؤه على ذلك يحول دون الاستفادة منه واستغلاله واستعماله بشكل سليم وقد تصل الأمور إلى حد قد تكون القسمة فيه غير مجدية، أي عدم قابليته للقسمة، وخلو المنفعة في ذلك وهذا ما نراه جليا في مجتمعنا الفلسطيني لأسباب تعود إلى طبيعة العائلة، أو بالأحرى تعود إلى طبيعة العقار الشائعة ونوعه أو لأمور مالية أو إدارية أو سياسية.

وتكمن أهمية هذه الدراسة أيضا في رفع التوصيات من أجل العمل على توحيد النصوص القانونية والإجراءات المطبقة على العقارات بإعلان تسوية شاملة للأراضي في فلسطين.

منهجية الدراسة:

لقد تم اعتماد المنهج النظري فيما يخص القانون الوضعي وفي الفقه الحنفي حسب نصوص مجلة الأحكام العدلية هذا كله من جهة وتم اعتماد المنهج العملي أيضا.

وتم اعتماد المنهج التطبيقي فيما يخص القرارات القضائية المتعلقة، والصادرة عن محاكم التمييز الأردنية ومحكمتي النقض المصرية والفلسطينية.

وعليه فان دراسة موضوع القسمة الرضائية للعقار سيتم تقسيمه إلى ثلاثة فصول على النحو الآتي:

الفصل التمهيدي: القسمة الرضائية طريقة لإزالة الشيوع.

المبحث الأول: مفهوم القسمة وتعريفها ومزاياها

المبحث الثاني: شروط عقد القسمة الرضائية.

الفصل الأول: القسمة الرضائية ماهيتها وحالاتها

المبحث الأول: ماهية عقد القسمة الرضائية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

المبحث الثاني: حالات القسمة الرضائية

الفصل الثاني: القسمة الرضائية إجراءاتها وآثارها

المبحث الأول: إجراءات القسمة الرضائية

المبحث الثاني: آثار القسمة الرضائية .

الفصل التمهيدي

القسمة الرضائية طريقة لإزالة الشيوع

الفصل التمهيدي

القسمة الرضائية طريقة لإزالة الشيوع

حظي ولا زال يحظى العقار[1] في الوقت الحاضر بأهمية كبيرة لدى الناس من حيث اعتباره استثمارا ناجحا للكثيرين وضمانا لهم في المستقبل للحفاظ على أموالهم عن طريق شراء العقارات لغايات التجارة، وان اكبر معوق لهم في هذا الاتجاه هو ملكيتهم لهذا العقار مع شركاء آخرين بحيث تكون الملكية على الشيوع، ومعنى الشيوع في القانون المدني الإردني حسب ما جاءت به نص المادة 1030 على مايلي: "مع مراعاة أحكام الحصص الارثية لكل وارث إذا تملك اثنان أو أكثر شيئا بسبب من أسباب التملك دون أن تفرز حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع وتحسب حصص كل منهم متساوية إذا لم يقم الدليل على غير ذلك " ونصت المادة 825 من القانون المدني المصري[2] على أن: " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك" أما الفقه فقد نصت المادة 138 من مجلة الأحكام العدلية[3] على أن: "المشاع ما يحتوي على حصص شائعة" ونصت المادة 139أيضا على أن: "الحصة الشائعة هي السهم الساري إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك "وبوجود هذه الحالة من الملكية ما بين الشركاء فيصبح هم كل منهم هو الخروج من هذه الحالة وذلك عن طريق قسمة هذا العقار فيما بين الشركاء، والقسمة "عقد بين شخصين أو أكثر لإحداث أثر قانوني سواء على مال منقول أم غير منقول"، وعليه فانه

---

(1) نصت المادة 68 من مشروع قانون المدني الفلسطيني على أن: " كل شيء مستقر بحيزه ثابت لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول ". وتطابقها المادة 82 من القانون المدني المصري والمادة 132 من القانون المدني الأردني.

(2) تطابقها المادة 962 من مشروع القانون المدني الفلسطيني وتطابقها المادة 780 مدني سوري وتطابق المادة 20 من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني.

(3) مجلة الأحكام العدلية تعتبر بمثابة القانون المدني في الضفة الغربية وتطبق احكامها لغاية الان، وتعتبر أحكام المجلة العدلية وموادها مستقاة من المذهب الحنفي ومن هؤلاء العلماء الذين انتقوا الراجح في المذهب الحنفي احمد جودت باشا ووزير العدلية في تلك الفترة وغيرهم إلا انهم لم يستطيعوا اكمال هذا العمل فقام بهذا العمل علي حيدر افندي والذي كان من العلماء الذين نبغوا في الفقه وكان يدرس في كلية الحقوق في الاستانة ورئيس محكمة التمييز وامين الفتيا ووزير العدلية السابق في الدولة االعثمانية وكان من العلماء الثقاة الورعين.

جاء الفصل في مبحثين يخصص الأول لدراسة مفهوم القسمة باعتبارها عقدا والثاني لشروط عقد القسمة.

المبحث الأول: مفهوم القسمة وتعريفها ومزاياها

هنالك عدة تعريفات للقسمة باعتبارها عقدا كغيرها من العقود إلا أن لها مفهوماً خاصـــاً، وهنالك تعريفات في القانون وفي الفقه الإسلامي وعليه جاء هذا المبحث فـــي مطلبـــين الأول: التعريف بالقسمة والثاني: القسمة عقد رضائي وشكلي.

المطلب الأول:التعريف بالقسمة

لابد لنا من معرفة المقصود بالقسمة سواء من الناحية اللغوية أو الاصطلاحية حيث جاء التعريف بها كالآتي:

أ) القسمة لغة

تأتي بمعنى التفريق، وتأتي بمعنى النصيب وجعل الأشياء اجزاء أو ابعاضا متمـــايزة [(1)]. وتأتي بمعنى: القسم:الجزء من الشيء المقسوم، القسمة:اسم من اقتسام الشـــيء، جعلـــوا قســـمة الثروة بينهم بالتساوي:-النصيب لا يعرض هذا الشخص على قســـمته فـــي الحيـــاة، والقســـم: التجزئة[(2)] .

وتأتي بمعنى قسم يقسم قسما فهو قاسم: الشيء:جـــزأه (قســـم التفاحـــة إلـــى شـــطرين) والأرض:جزأها إلى أقسام لتبنى[(3)]، فالحاصل إذن أن للقسمة معنيين: حقيقياً ومجازياً، فـــالحقيقي جعل الشيء اجزاءا و المجازي النصيب والحصة.

---

(1) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية الادارة العامة للمعجمات واحياء التراث، الجزء الأول، من اول الهمزة إلى أخـــر الضاد، دار الدعوة، استنبول-تركيا ص، 734.

(2) المحيط، مجمع اللغة العربية، تاليف اديب اللجمي واخرين، تقديم محيي الدين صابر، مجلد 3، من ف-ي، ص985.

(3) بن منظور، لسان العرب، المحيط، لسان العرب، مجلد ثان، بيروت، من ق-ي، ص87-88.المنظمة العربية للتربيـــة والثقافة والعلوم. المجمع العربي الاساسي، النشر للمنظمة، توزيع لاروس.

ب) القسمة فقهاً عند الحنفية

جاء في رد المحتار وتبيين الحقائق [1]: أن القسمة هي جمع نصيب شائع في مال معين أو مخصوص.

وعرفها صاحب البدائع[2] بقوله: "وفي الشريعة عبارة عن إفراز بعض الانصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض".

كما عرفتها المادة (1114) من مجلة الأحكام العدلية بقولها: (هي تعيين الحصة الشائعة يعني إفراز وتعيين الحصص الشائعة بعضها عن بعض بمقياس ما كالكيل والوزن والذراع) [3] .

ج) القسمة قانونا واصطلاحاً

1- في القانون المدني الأردني[4]: ورد تعريف القسمة في المادة 1038 منه كما يلي: (إفراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي) .

2- لا يوجد تعريف للقسمة في القوانين ذات العلاقة مثل قانون تقسيم الأموال غير المنقولة الأردني[5]وكذلك الأمر بالنسبة للقانون المدني المصري(2) وكذلك مشروع قانون المدني الفلسطيني ومشروع قانون الأراضي الفلسطيني.

---

(1) الحصكفي، علاء الدين محمد بن علي، حاشية ابن عابدين، رد المحتارعلى الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، ج9، دار المعرفة، طبعة ثانية سنة2000، ص421. الزيلعي، عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج6، الطبعة الثانية، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص264.

(2) الكاساني، علاء الدين أبو بكربن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج9، دار الكتب العلمية، طبعة ثانية 2003، بيروت، ص142.انظر السرخسي، ابي بكر محمد بن احمد بن ابي سهل، المبسوط، ج15، دار الكتب العلمية، طبعة أولى سنة 2001، صفحة 3. انظر الحنفي، محمد بن حسين بن علي الطوري القادري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، جزء 8، دار الكتب العلمية، طبعة أولى، 1418هـ- 1997، صفحة 267. انظر نظام، الفتاوى الهندية، المعروفة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان، ج 5، دار الكتب العلمية، طبعة أولى، سنة2000، ص252. انظر شنيور، عبد الناصر محمد، الاثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، دار النفائس للنشر والتوزيع الاردن، طبعة أولى، 2005، ص125.

(3) حيدر، علي، مجلة الأحكام العدلية، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، طبعة أولى، 1991، بيروت، مجلد ثالث، ص99.

(4) رقم 43 لسنة 1976، رقم 48 لسنة 1953

(5) قانون رقم131م لسنة 1948

د) القسمة عند الفقهاء:

لقد عرف بعض الفقهاء القسمة بأنها: "عملية تحديد نطاق حق ملكية مشتاع بغية إيجـاد التطابق بين نطاقه المعنوي أو الحسابي ونطاقه المادي. وعرفها البعض:أن القسمة هي طريقـة لانقضاء الشيوع، بحيث تؤدي إلى تقسيم المال الشائع إلى عدة أقسام أو حصص، بحيث يسـتقل كل واحد من هؤلاء الشركاء بقسم من الأقسام دون سائر الشركاء"[(1)] .

ويرى الباحث أن القسمة الرضائية" "هي إفراز جزء من كل المـال الشـائع لشـريك ومبادلة هذا الشريك لما له من باقي المال الشائع فيما اختص به الشريك الأخر، ويكـون ذلـك رضاهم واجماعهم".

المطلب االثاني: القسمة عقد رضائي وعقد شكلي:

تعتبر القسمة عقدا كباقي العقود و ينبغي توافر الشروط الموضوعية في العقد من رضـا ومحل وسبب[(2)] والأصل فيها الرضائية، وعليه فان ارتباط الإيجاب بالقبول كافٍ لانعقاد العقـد إلا إذا اشترط القانون أو جاء اتفاقا طلب شروطا أخرى لانعقاده كالشكل أو القبض[(3)] .

---

(1) فرج، توفيق حسن، الحقوق العينية الاصلية، الدار الجامعية، ص220 " القسمة هي اعطاء كل شريك في الشيوع قدرا يعادل نصيبه في المال الشائع ".غانم، اسماعيل، ملخص دروس لطلبة السنة الرابعة، في العام الدراسـي، 1953-1954، ص88. الكزبري، مأمون، القانون المدني، الحقوق العينية تقسيم الاشياء والاموال، الحقوق العينية الاصلية الحقوق العينية التبعية، مطبعة جامعة دمشق، عام 1962، ف318، ص364. اما المذكرة الايضاحية في القانون المدني الأردنـي وفـي المادة 1038 جاءت لتقول: أن هذه المادة تناولت تعريف القسمة كاجراء تعيين وافراز الانصبة الشائعة وشـروطها عـدم فوات منفعة المال المقسوم بالقسمة أو تبدله فإذا فاتت منفغة أو تغير حاله فهو غير قابل للقسمة لأن القسمة إفـراز للملـك والمنفعة الثابتة لشركاء قبل القسمة.

(2) انظر المواد 89-137 قانون مدني مصري، والمواد 77-132 مدني عراقي.انظر:حيـدر، علـي، شـرح المجلـة العدلية، المجلد الثالث ص99 " يتحرى في القسمة ثمانية اشياء1- ركنها: هو الفعل الـذي يحصـل بـه إفـراز وتمييـز الانصباء..2- شرطها عدم فوت منفعة المال المقسوم وعدم تبدله 3-حكمها: هو تعيين حصة كل شريك ملكا وانتفاعا على حدة4- سببها: هو طلب احد الشريكين الانتفاع بملكه على وجه الخصوص 5- محاسنها: بما أنه يحصل لاحد الشـريكين سوء خلق من الأخر فللخلاص من ذلك يركن إلى الاقتسام 6-صفتها:وجوب التقسيم علـى القاضـي إذا طلـب بعـض الشركاء 7-تقسيمها: تقسم إلى ستة وجوه ا- أن تكون صحيحة أو باطلة ب- أن تكون في الاعيان أو في المنـافع ج- أن تكون قسمة جمع أو تفريق د- اما تكون في المثليات أو القيميات هــ- أن تكون قسمة قضاء أو رضاء ز- اما أن تكـون نافذة أو موقوفة والنافذة يقوم بها الشريك أو النائب والموقوفة يقوم بها الفضولي.

(3) انظر السنهوري، الوسيط، جزء اول، ط1964، 2، ص163وص 183. يستفاد هذا من نص المادة 89 مـن القـانون المدني المصري(يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد) ونص المادة (90) من ذات القانون ومن نص المادة (74) من المشروع المدني الفلسـطيني و من القانون المدني الأردني الذي يقرر:(ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلـك

الفرع الأول:القسمة عقد رضائي

العقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لانعقاده رضا الطرفين دون الحاجة في انعقاده إلى إفراغه في شكل معين[1] .

وعلى ذلك يعتبر عقد القسمة من العقود الرضائية التي يكفي فيها ارتباط القبول بالإيجاب حتى ينشأ العقد ولا يستلزم القانون لقيامه شرطا أخر، إذ يكفي لتمامه أن يقوم الطرفان بالتعبير عن اراديتهما تعبيراً صريحاً أو ضمنياً حتى يقوم العقد ويضاف لهذه الشروط شرط رابع وهو التسجيل لهذا العقد [2] .

ومبدأ الرضائية ليس مبدأ مطلقا، بل يدخل عليه استثناءات قانونية يهمنا منها في هذا الصدد الاستثناءات الواردة على الرضائية في نقل الملكية العقارية وما يتطلبه القانون من شروط حتى ينفذ هذا البيع وتلحقه القسمة لمطابقتها في هذا الحكم كما سنرى لاحقا، وقد أخذت بذلك معظم التشريعات الوضعية لما يترتب على هذا من أثار تجاه المتقاسمين أنفسهم وتجاه الغير، فالقاعدة العامة في القانون الانجليزي أن يكون هنا مقابل في العقود سواء شفوية كانت أو رسمية أو في العقود الشكلية حيث لا يعتد بالعقد الشكلي إلا إذا بصم هذا العقد بالختم [3] .

من اوضاع معينة لانعقاد العقد) . وايضا نص م(1/199) من نفس القانون: (يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء أخر – ما لم ينص القانون على غير ذلك) .انظر المادة 1108 مدني فرنسي"ان العقد لا يتحقق إلا بتوافر اربعة امورهي: التراضي والأهلية والمحل والسبب" غير أن الفقه الفرنسي ابعد الاهلية عن كونها ركنا للعقد باعتبارها ركنا للالتزام، نقلا عن القرة داغي، مبدا الرضائية في العقود، جزء اول، ص143، مرجع سابق.

(1) انظر السنهوري، الوسيط، ج1، ص188، القرة داغي، مبدا الرضائية في العقود، مرجع سابق، ص180،

(2) انظر السنهوري، الوسيط، ج1، ط2.، 1964، ص 163.ا لزعبي، محمد، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الاردني، عمان، 1993، ص19، وكذلك سلطان، انور، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة، بيروت، 1976، ص25.

(3) انظر:Samuel Williston، the law of contracts baker، voorhis، n.y، 1920، maitland). نقلا عن القرة داغي، علي محيي الدين علي، مبدا الرضائية في العقود دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المدني والروماني والفرنسي والانجليزي والمصري والعراقي)، طبعة ثانية، 2002، دار البشائر الاسلامية للطباعة والنشر، جزء أول، بيروت لبنان، ص:76-77، هامش نفس الصفحة.

إلا أن الفقه الحنفي وجمهور فقهاء المسلمين قد بينوا أن العقد لا يتطلب إلا ركنا واحد وهو رضا[1] العاقدين[2].

الفرع الثاني:القسمة عقد شكلي

العقد الشكلي وهو العقد الذي لا ينعقد بمجرد التراضي بل لا بد أن يتخذ التراضي فيه شكلا معينا يحدده القانون[3]. حيث يعتبر الشكل إضافة إلى الأركان الأخرى للعقد وذلك من اجل التنبيه إلى أن العقد المنوي الإقدام عليه وتسجيله وإعطائه شكلا معينا فيه خطر لكلا المتعاقدين، ويتمثل هذا الخطر أنه: عند إتمام معاملة القسمة وانتهائها بالتسجيل لا يمكن لأي من المتعاقدين الرجوع عنها لأي سبب من الأسباب وذلك بعد تحقق الشروط الموضوعية الأخرى. كما اعتبر القانون الروماني أن الشكل في العقود هو كل أركان العقد لما كان للشكل أهمية كبيرة وحتى دون الاعتداد بركن الرضا [4].

وتعتبر البيوع العقارية الواردة على العقارات التي تمت فيها التسوية – أي العقارات التي تم تسجيلها في دائرة تسجيل الأراضي –عقودا شكلية [5]، – إضافة إلى أن أركان العقد الأخرى – لا تنعقد إلا بالتسجيل لدى دائرة تسجيل الأراضي التي يقع العقار ضمن دائرة

---

(1) سوار، محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام -1- المصادر الارادية، العقد والارادة المنفردة، دمشق، المزرعة، 1976، ص56 -58، وفي تعريف الرضا" امتلاء الاختيار وبلوغ نهايته بحيث يفضي اثره.الى الظاهر من ظهور البشاشةفي الوجه ".انظر هامش نفس الصفحة" ويفرق الاحناف في الفقه بين درجتين للارادة هما:الاختيار وهو ترجيح فعل الشيء عن تركه والرضا: وهو الارتياح إلى فعل الشيء وهما قد يتلازمان وهذه هي الحالة الغالبة.."

(2) انظر:االقرة داغي، علي محيي الدين علي، المرجع السابق، ص 144.

(3) انظر: زكي، محمود جمال الدين، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، طبعة مطبعة جامعة القاهرة سنة 1978، نقلا عن االقرة داغي، علي محيي الدين علي، مرجع سابق، ص180.انظر سوار، محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، العقد والارادة المنفردة، دمشق، المزرعة، 1976.

(4) انظر:االقرة داغي، علي محيي الدين علي، مرجع سابق، ص181.

(5) ويمكن تعريف العقد الشلكي بما يلي:"هو العقد الذي يتطلب القانون لقيامه – إلى جانب وجود رضاء أطرافه – أن يصب هذا الرضاء في شكل معين. إذا استلزم القانون توافر شكل معين لعقد ما، فان هذا العقد لا ينعقد إلا بتوافر الرضاء و المحل و السبب و الشكل ". انظر أيضا بحث بعنوان الشكلية في عقد البيع، www.majalisna.com، 2008/9/8 الثانية ليلاً.

اختصاصها، وتعتبر هذا الشرط من المقتضيات التشريعية، ويعتبر الفقه الفرنسي الشكل عمودا فقريا لتكوين العقد[1] .

ويعد التسجيل ركن انعقاد وليس وسيلة إثبات بحيث إذا لم تراع هذه الشكلية كان العقد باطلا وليست له أي قيمة قانونية، و يستطيع المشتري المطالبة بالتعويض حال عدم مراعاة الشكلية بخصوص العقد كأثر من أثار بطلانه،

ويتضح من نص المادة (3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه [2] حيث جاء فيها:(في الأماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع والمبادلة والمقاسمة في الأرض أو الماء صحيحا إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل) وبذلك تعتبر قسمة العقار الشائع الذي تمت تسويته من العقود الشكلية لا الرضائية، حيث جاء نص المادة (3/16) من ذات القانون، صريحا بعدم اعتبار البيع أو القسمة للعقار صحيحا إلا إذا روعيت فيه الشكلية التي تطلب القانون توافرها وهي تسجيلها في دائرة تسجيل الأراضي التي يقع العقار ضمن دائرة اختصاصها.

وتطبيقا لما ورد سابقاً أكدت قرارات محكمة التمييز الأردنية على وجوب مراعاة تسجيل القسمة لدى دائرة تسجيل الأراضي، فجاء في قراراتها أنها ما يلي:

1. " (بيع بعض الأجزاء المخصصة لبعض الورثة نتيجة قسمة خارجية لم تسجل في دائرة الطابو لا يعتبر بيعا صحيحا طالما لم يجز تسجيله) .
2. (اتفاقية القسمة التي لم يتم تسجيلها في دائرة الطابو غير نافذة المفعول) .
3. (أن البيع والقسمة في الأموال غير المنقولة يجب أن يجري أمام مأمور التسجيل كي تكون له قيمة قانونية) .

---

(1) انظر louis Josserand:Cours De Droit Civil positif Francais>Recueil sirey. Paris، 1933، P.7. نقلا عن القرة داغي، علي محيي الدين علي، مبدا الرضائية في العقد، جزء اول، ص143، مرجع سابق.

(2) قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952. انظرالدحدوح، سالم حماد، الطبيعة القانونية للتسجيل واثر تخلفه في البيع العقاري، دراسة لاحكام القانون الفرنسي والمصري والعراقي والاردني والفلسطيني مقارنة بفقه الشريعة الاسلامية، رسالة دكتوراه،حصلت هذه الرسالة على تقدير جيد جدا مع التبادل مع الجامعات الاجنبية ,جامعة الازهر ,طبعة ثانية، 1998، ص268.انظر المواد65 و66 و67 و68 و69 من القانون المدني الكويتي.

4. (إذا لم تتم معاملة قسمة ارض المدعى عليه بين أولاده في دائرة التسجيل، فإنها تعتبر معاملة باطلة لا يترتب عليها أي أثر بقطع النظر عما إذا كانت المعاملة هبة أو أي عقد أخر من عقود نقل الملكية، وذلك عملا بالمادة (16) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952. أن دعوى المدعي بطلب إلزام المدعى عليه بنقل ملكية الحصة التي سجلها باسمه في العقد الخارجي أو تنفيذ العقد تنفيذا عينيا، وهي دعوى غير مستندة إلى أساس. أن الفقرة الثانية من المادة (1448) من القانون المدني الإردني قد أوجبت مراعاة أحكام القوانين الخاصة ولا نزاع في أن قانون تسوية الأراضي والمياه هو من القوانين الخاصة التي يتوجب تطبيق أحكامها بقطع النظر عن وجود تعارض بينها وبين أحكام القانون المدني)"[1] .

وحقيقة أن النظر في القرار التمييزي المذكور والمادة (16) من قانون التسوية نجد أنها قد ذكرت البيع والقسمة أو أي عقد أخر من عقود نقل الملكية وعليه فان عقد القسمة الرضائية يعتبر عقدا ناقلا للملكية أي أن من أثار عقد القسمة أنه ناقل للملكية.[2]

---

(1) قرار تمييز حقوق رقم 54/138، منشور سنة 1955، ج1، ص9.

- قرار تمييز حقوق رقم 54/138، منشور سنة 1955، ج1، ص9.

- قرار تمييز حقوق رقم 54/152، منشور في سنة 1954، ج1، ص852.

- قرار تمييز حقوق رقم 79/220، منشور في مجلة نقابة المحامين لسنة 1979، ص1694.

انظر أيضا "انه وان كان الأصل في العقود أنها رضائيه أي يكفى لانعقادها مجرد تراضى المتعاقدين إلا أنه إذا أوجب القانون لقيامها شكلا معينا أو اتفق المتعاقدان على ذلك فإن الشكل يكون ركنا في العقد ويتعين مراعاته عند التعاقد أو عند إبرام الاتفاقات المرتبطة به سواء أكانت سابقة عليه كما هو الشان في الوعد به أم لاحقه له كما هو الشان في الاتفاقات على تعديل أحكامه أو آثاره وذلك فيما عدا ما يستثنيه القانون منها وما تسمح باستثنائه طبيعة المعاملة ويترتب على تخلف هذا الشكل بطلان العقد أو الاتفاقات المرتبطة به وان المشرع استلزم خضوع هذه الاتفاقات للشكل المتطلب لقيام العقد ذاته منعا من التحايل على ما أوجبه في هذا الخصوص"، مركز نظم المعلومات، مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها محكمة التمييز في دولة الكويت 1992- 1996، القسم 3، مجلد 1، قاعدة 148، ص 871 (الكويت: وزارة العدل، 2001)، mashael@law.kuniv.edu

-انظر ابو البصل، عبد الناصر موسى، دراسات في فقه القانون المدني، النظرية العامة للعقد، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، طبعة أولى 1999

- انظر السرحان، عدنان ابراهيم، وخاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني الاردني- مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، ص 48، مرجع سابق.

(2) التسجيل لا يشترط كركن شكلي و انما يقتصر أثره على نقل الملكية. إذا العقد الواقع على عقار هو عقد رضائي، و كل ما هنالك هو أنه عقد يتراخى فيه أثر من آثاره و هو انتقال الملكية إلى أن يتم التسجيل. mashael@law.kuniv.edu

يتضح من كل ما سبق أن عقد القسمة الرضائية يعتبر عقدا رضائيا فيما بين الشركاء المتقاسمين كباقي العقود الرضائية يتطلب توافر أركانه من محل وسبب ورضا لاعتباره كذلك إلا أن له شروطاً أخرى قد تزيد عن أركان العقود الرضائية وهذا ما سنراه عند دراسة الشروط الواجب توافرها في هذا النوع من العقود إلا أنه بالإضافة إلى ذلك فان هذا العقدأيضا يتطلب شكلا معينا وهذا ما يتحقق لدى دوائر التسجيل الخاصة بعد إتمام أركانه ولذلك فإن عقد القسمة يعتبرأيضا عقداً شكلياً ولذلك فان عقد القسمة الاتفاقية عقد تتوافر فيه أركان وشروط سائر العقود[1].

فان اتجهت إرادة الشركاء المتقاسمين إلى إجراء قسمة المال الشائع قسمة منجزة وهذا الأصل في القسمة، فانه يترتب عليها أن يتحول نصيب كل منهم من حصة شائعة إلى جزء مفرز مملوك له بمجرد إجراء القسمة. وطبقا للقواعد العامة لا ينعقد عقد قسمة الاتفاقية إلا إذا اتفق جميع الشركاء والمشتاعون أطراف العقد على طبيعة هذا العقد كعقد قسمة اتفاقية لمال شائع ولمحكمة الموضوع السلطة التقديرية وتحديد مدى توافر العلم بطبيعة العقد[2].

المبحث الثاني: شروط القسمة الرضائية:

يقع الشيوع إما عن طريق الواقعة القانونية كحالة الميراث وذلك بأن تنتقل الملكية للورثة فيصبح المال شائعاً بينهم أي أنها تنتقل شائعة بينهم، إذ يترتب على وفاة المورث تملك الورثة لأعيان التركة ملكية شائعة كل بنسبة حصته وتوزع هذه الحصص حسب حجة حصر الإرث للمورث، كذلك الأمر قد تكون ملكية هذا العقار المملوك على الشيوع جاءت بطريقة غير الإرث فقد تكون عن طريق تصرف قانوني كالشراء لعقار معين على الشيوع وبنسب متساوية أو متفاوتة، أو عن طريق الشفعة، أو عن طريق الوصية، فإذا أراد هؤلاء المشتاعون إزالة هذا

---

(1) المادة 89 من القانون المدني المصري، مجموعة الاعمال التحضيرية، ج2، " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان العقد التعبير عن ارادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد ".

– انظر المواد 102، 177، 178 من مجلة الأحكام العدلية.

والمادة 90 من القانون المدني الأردني رقم 43لسنة 1976 نصت على: " ينعقد العقد بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لامعقاد العقد ". كيرة، حسن، أصول القانون المدني، مرجع سابق، ص516.

(2) كيرة، حسن، أصول القانون المدني، ج1، ص468–469. مرجع سابق.

الشيوع بالرضاء فيما بينهم، فالقسمة الرضائية هي التي تتم برضاء الشركاء واختيارهم ويشترط فيها إجماع الشركاء وتمتع كل منهم بالأهلية الكاملة ومن ثم يتم التسجيل لدى المرجع المختص.

وللقسمة الرضائية شروط معينة والتي دونها لا تكون نافذة بحق المتقاسمين ولا ترتب آثارها القانونية وهذه الشروط هي:-

1) رضا وإجماع الشركاء (المشتاعين) على القسمة الاتفاقية.

2) تمتع الشركاء المتقاسمين بالأهلية[1].

3) حضور جميع الشركاء عند القسمة وعند غياب احدهم ينبغي حضور من يمثله قانوناً.

4) أن يسجل المتقاسمون عقد القسمة لدى المرجع المختص وهو دائرة تسجيل الأراضي.

ويكون تفصيل هذه الشروط وفق التقسيم الآتي:-

المطلب الأول: إجماع الشركاء ورضاهم

بما أن القسمة الرضائية اتفاق بين الشركاء المالكين على الشيوع، فلا بد أن ينعقد إجماع الشركاء على انجاز القسمة بمعنى أن تتجه إرادتهم إلى أحداثها على أرض الواقع، فإذا انعقد إجماع الشركاء تمت القسمة بالكيفية التي حصل عليها الاتفاق، وبذلك تكون عقدا يخضع للقواعد العامة في العقود والى هذا أشارت المادة(4) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953حيث تنص على أن:(تقسيم الأموال المشتركة القابلة للقسمة برضى الطرفين أو بحكم القاضي. ويشترط في قسمة التراضي رضى كل واحد من الشركاء وأما في القسمة قضاء فيكفي أن يطلبها واحد منهم) وأكدت المجلة على الإجماع ما بين المتقاسمين حيث تنص المادة 1121منها على أن: " قسمة الرضاء هي القسمة التي تجري بين المتقاسمين أي بين أصحاب الملك المشترك بالرضاء فيقسمونه بينهم بالتراضي أو يقسمه القاضي برضاهم جميعا " وبين المشرع الفلسطيني في المادة 971 من المشروع المدني تطابق المادة 835 من القانون المدني

(1) كيرة، حسن، أصول القانون المدني، ج1، مرجع سابق، ص465.

المصري، إن الشريك يستطيع أن يخرج بالقسمة من الشيوع وبالطريقة التي يريد، ويفهم من نص المادة أن باقي الشركاء إذا انعقد إجماعهم على القسمة فانه يتحقق معنى الإجماع وورد نص المادة 1040من القانون المدني الإردني على أنه "مع مراعاة أحكام القوانين الأخرى يجوز لمن يريد الخروج من الشيوع ولم يتفق مع باقي شركائه أن يطلب القسمة القضائية".

من خلال هذه النصوص نجد أن إجماع الشركاء ورضاهم شرط من شروط نفاذ القسمة الرضائية بحق الشركاء بحيث إذا كان احدهم معارضا في إجراء القسمة أو كان غائبا ولم يكن له ممثلا قانونيا وجب اللجوء إلى القسمة القضائية. وهذا الإجماع ما بين الشركاء قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا،والإجماع الصريح على القسمة الرضائية يكون بتصريح الشركاء المعنيين بذلك وذلك شفاهة أو بالكتابة[1]، بمعنى أن القسمة لا تنفذ لأن معنى المبادلة راجح في تقسيم غير المنقول لأنه من القيميات وتتوقف على رضاء الطرفين أو حكم الحاكم[2].

أما الإجماع الضمني [3] هنا فلا يصرح به الشركاء على الشيوع بل يستلخص هذا الإجماع الضمني على القسمة من ظروف الواقع وما تفيده من قيام قسمة فعلية، كأن يتصرف احد الشركاء على الشيوع في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته كان يزرعها أو يقيم بناءاً عليها ثم ينهج سائر الشركاء على الشيوع نهجه فيتصرف كل منهم في جزء مفرز أخر مستقل يعادل حصته من المال الشائع و إذا زادت عن حصته تتم المعادلة فيما بين المتقاسمين، فيستخلص من تصرفاتهم المستقلة ضمنا أنهم ارتضوا جميعا قسمة المال الشائع فيما بينهم على النحو الذي تصرفوا بمقتضاه[4]، وقد يدعي احد الورثة أن تصرفه صحيح بحكم مدة مرور

---

(1) كيرة، حسن، أصول القانون المدني، ج1، ص464.

(2) أفندي، إبراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف وشرح قانون الأراضي، مطبعة دار السلام، بغداد، 1342هـ، ص223.

(3) سلطان، انور، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني(دراسة مقارنة الفقه الاسلامي، طبعة أولى، 1987، منشورات الجامعة الاردنية، ص46-47. انظر سوار، محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، الاشياء والاموال، مطبعة الروضة-دمشق، 1992-1993، 388-389.

(4) في هذا الاتجاه سارت محكمة النقض المصرية حيث قضت بقولها (إذا طلب بعض الورثة تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا، وتبينت المحكمة من تقرير الخبير الذي ندب في الدعوى أنه بعد أن تصرف احد الورثة في جزء محدود من الاطيان المخلفة عن المورث تصرف سائرهم بالبيع في انصبتهم محددة كذلك وتسلم المشترون منهم ما اشتروه ووضعوا اليد عليه محددا واصبحوا هم جميعا لا يملكون شيئا في هذه الاطيان، ثم رأت أن تصرف الورثة على هذه الصورة فيه اجازة لما تصرف فيه ذلك الوارث. وان هذا التصرف وقع صحيحا لانه كان في حدود القدر الذي يملكه بالميراث، ولذلك

الزمن وأن القسمة في حصة مفرزة أصبحت من نصيبه وعلى الشركاء أن يأخذوا مقابل حصته التي اختص بها، ولكن القاعدة تقول أن الإرث لا يسقط بالتقادم بمعنى أنه إذا تصرف وريث أو أكثر مدة مرور الزمن فان هذا لا يعنى أنهم قد تملكوا هذه الحصة المفرزة ولكن يعتبر تصرفهم بموجب وكالة عن بقية الورثة إلا إذا اثبت المتصرف عكس ذلك[1] وهذه المسالة هي مسالة موضوعية متروك أمر تقديرها للمحكمة المختصة، ويستفاد ذلك من نص المواد 2/846 من القانون المدني المصري، والمادة (985) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة(39) من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني، والقسمة الاتفاقية الضمنية تتحقق كلما اتضح من ظروف واقع الحال اتجاه إرادة جميع الشركاء إلى فض الشيوع وإفراز نصيب مادي مستقل لكل شريك بدل حصته الشائعة.إلا أنه يرى البعض أن هذا النوع من القسمة لا تعتبر قسمة اتفاقية وان كان يرجع إلى الاتفاق في الأصل وإنما تعتبر قسمة قانونية[2] .وقد تتحقق مثل هذه القسمة في حالة قسمة المهايأة المكانية كأن يختص كل من الشركاء بنصيب مفرز، فتنقلب قسمة المنافع

قضت برفض الدعوى فقضاؤها سليم. ولا يمنع من صحة هذا النظر أن يكون تصرف من عدا الوارث الأول لاحقا لتصرفه لأن تصرفه هذا ما كان ليرغمهم على قبوله، بل لقد كان لهم حق الاعتراض عليه قانونا. وما داموا هم قد تابعوه وتصرفوا في انصبتهم على التحديد كما فعل هو فان تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التي تمت بفعل جميع الورثة على السواء " نقض مدني في 21ديسمبر1944، مجموعة القواعد القانونية، ج4، ص502، رقم 177 ". أن القسمة الرضائية ما بين المالكين المشتاعين لا تسري وتصبح نافذة بينهم إذا لم يوافق عليها جميع المالكين. نقلا عن الدويك، محمد سامح الشيخ سالم، قسمة المال الشائع في القانون الأردني دراسة تحليلية "مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، كلية الدراسات العليا، 1994، ص37.

– انظر الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، دراسة في القانون اللبناني والمصري، طبعة 1974، ص209.

(1) المادة 4– من قانون رقم 51 لسنة 1958 قانون معدل للاحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة الأردني، وتنص على ما يلي:" 1– إذا تصرف واحد أو أكثر من الورثة مدة مرور الزمن أو أكثر بمال غير منقول لم تتم فيه اعمال التسوية مستقلا عن باقي الورثة فيعتبر أنه تصرف به بالنيابة أو الوكالة عن باقي الورثة ما لم يقم بينة قوية على أن هذا التصرف لم يكن على ذلك الوجه.

(2) انظر السنهوري، الوسيط، ج1، مصادر الالتزام، طبعة ثانية، 1964، ص183، مرجع سابق.انظر قدادة، خليل احمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، العقود المسماة، ص44، مرجع سابق. انظر بهذا المعنى في التعبير عن الارادة، سلطان، انور، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، طبعة أولى، عمان 1987، ص46–47.

إلى قسمة عينية بعد مرور خمسة عشرة سنة من قسمة المهايأة فتتحق شرط الرضا ضمنيا بهـذا التصرف. [1]

وعلى ذلك لا تسري قواعد القسمة الاتفاقية في هذه الحالة بالمعنى الـدقيق فـلا يجـوز نقضها للغبن أو أن يكون الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو غائب ولا يجب تسجيله إذا كان الشيء المقسوم عقارا، لأن التسجيل يرد بمقتضى المادة 10 من قانون الشهر العقاري المصري على التصرفات والأحكام، وهذا ما نراه في قانون تقسيم الأموال غير المنقولة وقانون التسـوية الأرضي من ضرورة التسجيل في الدائرة المختصة كما مر سابقا وأكدته قرارات المحاكم.

إن ذهاب المشرع المصري إلى هذا الاتجاه حسب ما جاء فـي المـادة 2/846 مـدني مصري، هو بسبب أن القانون المدني المصري لا يعتبر حق التصرف حقا متفرعا عـن حـق الملكية على الإطلاق بل عنصرا من العناصر الثلاث التي يتألف منها هذا الحق وهي: الاستعمال والاستغلال والتصرف[2] وكون مشروع القانون المدني الفلسطيني قد استقى بعض مواده عـن القانون المدني المصري فالظاهر أن المشرع الفلسطيني قد ذهب إلى هـذا الاتجـاه بسـبب أن الأراضي في فلسطين تحتوي على عدة أنواع وبذلك تسري على هذا النوع من الأراضي قوانين تختلف عن القوانين التي تطبق على الأراضي التي تمت فيها التسوية، (الأراضي المسجلة لدى دوائر تسجيل الأراضي الطابو)، وان من أنواع الأراضي الأخرى هي ما يعرف بأراضي المالية

---

(1) انظر المادة2/846 من القانون المدني المصري " إذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشـائع مـدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند على قسمة مهايأة". انظر المادة 985 من مشروع القـانون المـدني الفلسطيني.انظر الدحدوح، سالم حماد، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص184-187. تنص المادة 39 من مشروع قـانون الأراضي الفلسطيني على ما يلي: " إذا دامت قسمة الأراضي المشار إليها في المادة السابقة خمس عشرة سنة تملك كل من الشركاء الأراضي التي انتفع بها، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك".

(2) حداد، حمزة، واخرين، دراسات حول مشروع القانون المدني الفلسطيني، تحرير مصطفى عبد الباقي، ص135و108.

نصت المواد 3و4 من قانون رقم 51 لسنة 1958، قانون معدل للاحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة علـى مـا يلـي: المادة(3) " تعتبر البيوع العادية الجارية بموجب سند فيما يتعلق بالأراضي الاميرية والعقارات المملوكة الكائنة في المناطق لم تعلن فيها التسوية أو التي استثنيت منها نافذة إذا مر على تصرف المشتري تصرفا فعليا مدة عشر سنوات في الأراضي الاميرية وخمسة عشرة سنة في العقارات المملوكة ".

المادة (4) " 1- إذا تصرف واحد أو أكثر من الورثة مدة مرور الزمن أو أكثر بمال غير منقول لم تتم فيه التسوية مستقلا عن باقي الورثة فيعتبر أنه تصرف به بالنيابة أو بالوكالة عن باقي الورثة ما لم يقم بينة قوية على أن هذا التصـرف لـم تكون على ذلك الوجه ".

وأراضي التسوية غير المنتهية بحيث يملك الشخص هذه الأراضي بالتصرف أي بمرور مـــدة الزمن التي جاءت بها المادة (3) من القانون الإردني المعدل للأحكام المتعلقة بـــالأموال غيـــر المنقولة رقم 51 لسنة 1958[1] .

وبهذا المعنى فان الإجماع الضمني[2] ما دام يتضـــمن تعبيـــراً عـــن الإرادة فالأصـــل خضوعه لأحكام القسمة الاتفاقية الصريحة إلا ما يتعارض من هذه الأحكام مع طبيعتها الضمنية أو الواقعية[3] .وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة 1128 على: " يشترط في قسمة الرضى رضاء كل واحد من المتقاسمين بناءا عليه إذا غاب احدهم لا تصح قسمة الرضا و إذا كان من ضمنهم صغير فيقوم مقامه وليه أو وصيه وان لم يكن للصغير ولي ولا وصي كان موقوفا على أمر القاضي فينصب له وصي من طرف القاضي وتقسم بمعرفته ".

والملاحظ بهذا الصدد أن القسمة سواء الصريحة منها أو الضمنية، ما هما إلا وســـيلتان للتعبير عن الإرادة وهذا ما أشارت إليه المادة 93 مدني أردني "التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المعهودة عرفا ولو من غير الاخرس، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك أخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي[4] .

---

(1) المادة(3): نصت على (تعتبر البيوع الجارية بموجب سند فيما يتعلق بالأراضي الاميرية والعقارات المملوكة الكائنـــة في المناطق لم تعلن فيها التسوية اوالتي استثنيت منها نافذة إذا مر على تصرف المشتري تصرفا فعليا مدة عشر ســـنوات في الأراضي الاميرية وخمس عشرة سنة في العقارات المملوكة) . انظر الجمال، مصطفى: نظام الملكيـــة فـــي القـــانون اللبناني المقارن، مرجع سابق. انظر الدحدوح، سالم حماد، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، هامش صفحة 353.

(2) تنص المادة2/93 مدني سوري من " التعبير عن الارادة يجوز أن يكون ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ". انظر سوار، محمد وحيد الدين، النظرية العامة للالتزام، ص63-65.

(3) كيرة، حسن الموجز في أحكام القانون المدني، طبعة 1975، الناشردار المعارف بالاســـكندرية، ف107، ص205.(إذا قام احد الشركاء بالبناء في جزء من المال الشائع وحذا بقية الشركاء حذو هذا الشريك فان ارادة الشركاء اتجهت ضمنيا إلى ترتيب مثل هذا الأثر باجماعهم على القسمة الضمنية) .

(4) تطابق المادة 90 مدني مصري وتنص على: "1- التعبير عن الارادة يكون باللفظ والكتابة وبالاشارة المتداولة عرفـــا كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود 2- ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ". تطابق المادة 76 من المشروع المدني الفلســـطيني. استئناف حلب الثالثة رقم 1937 تاريخ 25 / 9 / 1997. "إن القسمة الرضائية ما بين المـــالكين المشـــتاعين لا تســـري وتصبح نافذة بينهم إذا لم يوافق عليها جميع المالكين " WWW. ALEPPOBAR.ORG. انظرالصراف، عباس، طرق التعبير عن الارادة.نقلا عن الدويك، محمد سامح الشيخ سالم، قسمة المال الشائع في القـــانون الأردنـــي دراســـة تحليليـــة "مقارنة، رسالة ماحستير، الجامعة الاردنية، كلية الدراسات العليا، 1994، ص38.

المطلب الثاني: حضور الشركاء المتقاسمين

الاصل حضور جميع الشركاء المشتاعين وذوو العلاقة بالقسمة إلى دائرة التسجيل شخصياً أو بالإنابة، و إذا كان من ضمن شروط قسمة، التراضي اجماع الشركاء فهنا يفترض حضور جميع الشركاء المشتاعين المعنيين بامر القسمة، ونصت المادة من قانون تقييم الأموال غير المنقولة على ذلك(1)، وبهذا نصت المادة 27 /2 من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني على ما يلي: "لا تصح قسمة الارض المملوكة على الشيوع رضاء دون حضور جميع الشركاء أو من ينوب عن كل منهم أو يمثله قانونا "، ولكن من الممكن أن يتحقق هذا الاجماع ولو لم يحضر جميع الشركاء في وقت واحد كما لو ابرم بعض الشركاء مع بعضهم، القسمة الاتفاقية، دون البعض الآخر، فان الشركاء الذين ابرموها يبقون ملتزمين بها(2)، حتى إذا اقرها الشركاء الاخرون، اصبحت نافذة في حق الجميع. وهذا يعني أن الاتفاق الذي ابرمه بعض الشركاء على القسمة دون بعضهم الأخر فلا يترتب عليه انهاء الشيوع. لكن يتقيد بها الشركاء الذين وافقوا عليها فيظل العقد قائما بالنسبة اليهم، فإذا اقرها الشركاء الاخرون بعد ذلك فانها تتم بهذا الاقرار وينتهي بها الشيوع مع مراعاة الشروط الاخرى (المشار إليها سابقاً) . وبالتالي يتحقق الاجماع في هذه الحالةأيضا(3) .أما إذا كان هناك غائباً وعند حضوره رفض القسمة فانها

تنص المادة (1/4) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953 على: (يشترط في قسمة التراضي رضى كل واحد من الشركاء....)

(1) قانون تقسيم الأموال غير المنقولة، رقم 48، لسنة 1953. "يجروا التقسيم فيما بينهم على الوجه الذي يرونه ويتفقون عليه ثم يحضرون إلى دائرة التسجيل مستطحبين خارطة تبين حصة كل منهم مفروزة عن غيرها ويقرون أمام الموظف المختص في دائرة التسجيل صحة المعاملة وموافقتهم على القسمة وفق الخارطة التي ابرزوها، وعندئذ يعطي كل منهم سند تصرفه مستقلاً"

(2) قارن نقض قر 366تا 1966/10/25 وقد جاء فيه "القسمة الرضائية الجارية بعد التحديد والتحرير والمقترنة بالتنفيذ الفعلي، من شانها أن تعطي المتقاسمين حق المطالبة بتسجيلها.ولا يجرح ذلك أن مالكا لسهام بسيطة لم يكن مشتركا فيها ولا تعد القسمة كلها باطلة لعدم نفاذها في حصة من لم يكن ممثلا فيها (مجلة المحامون لعام 1966، ص291)، سوار محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الاصلية، الأشياء والاموال، 1992-1993، هامش ص388، مرجع سابق.

(3) الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، دراسة في القانون اللبناني والمصري، طبعة1974، ص208. - السنهوري، عبد الرزاق، المرجع السابق، ف541، ص893.- القسوس، وليد نجيب، ادارة وازالة المال الشائع دراسة مقارنة، طبعة 1993مطبعة الجامعة لنموذجية، عمان-الجبيهة، ص141. - انظر المادة (1126) وشرحها لعلي حيدر من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على: " قسمة الفضولي موقوفة على الاجازة قولا وفعلا.مثلا إذا قسم احد المال المشترك من تلقاء نفسه فلا تكون القسمة جائزة ونافذة. لكن لو اجاز اصحابه قولا بان قالو احسنت أو تصرفوا بحصصهم المفرزة تصرف الملاك يعني بوجه من لوازم التملك كالبيع والايجار فتكون القسمة صحيحة ونافذة ".

تبطل[1] أي بمعنى أن الإفراز الذي قاموا به الشركاء المتقاسمون لا ينفذ بحقه مع الاخذ بعين الاعتبار أن القسمة لا ترتب اثرا إلا بالتسجيل، وقد تجري القسمة بحضور من ينوب عنه قانونا كوكيل احد المتقاسمين فان القسمة عند ذلك تنفذ بحق المتقاسم الموكل، عملاً بأحكام وقواعد الوكالة، إذا كانت الوكالة تتضمن اجراء القسمة واجازتها بالقبض والتسليم، حيث يشترط في الوكالة النص الصريح على القسمة كونها تعتبر من اعمال التصرفات[2].

الا أن هذه الوكالة – الوارد فيها نصا يجيز للوكيل القسمة– لا تنفذ بحق الموكل في بعض الحالات، وهي حالة الغائب – حسب مفهوم الامرالعسكري الاسرائيلي – حيث اعتبر الامر العسكري هؤلاء الغائبين –الذين نزحوا بسبب الاحتلال الاسرائيلي لعام 1967 – لا يملكون أو يتصرفون بهذه الأراضي كون الدولة –حسب مفهوم الامر العسكري – هي المخولة بالتصرف بهذه الأراضي – بغض النظر إذا كانت هذه الأراضي قد انتهت فيها اعمال التسوية أم لا – فإذا نظم هذا الغائب الشريك وكالة لشخص أخر ليقوم باعمال القسمة فان هذا هذا الوكيل لا يستطيع أن يقوم بهذا الإفراز دون موافقة الحاكم العسكري المختص بعملية الإفراز وان حصلت هذه القسمة فان الشريك الغائب لا يستطيع أن يتصرف بها كونه لا يحمل هوية (المواطنة الفلسطينية)– حسب مفهوم الامر العسكري، بمعنى أنه يبقى الحاكم العسكري يتصرف بهذا المال الخاص عن الغائب وبقية الشركاء يتصرفون في حصصهم المفرزة[3].

ان الامر العسكري قد اعطى صلاحيات التصرف باملاك الغائب من قبل الحاكم العسكري تحت مفهوم أن هذه الأراضي تدخل تحت ما يسمى املاك الدولة وهذا كله حسب ما جاء في الاوامر العسكرية رقم 58 و59 للعام 1967 حيث جاء في التعريف بالغائب حسب مفهوم الامر رقم 58:" هو الشخص الذي ترك المناطق المحتلة قبيل وخلال أو بعد حرب العام 1967)، وان هذه الأراضي التي يمارس عليها تطبيق هذه الاوامر هي الأراضي المصنفة

(1) ابو الرب، يوسف توفيق محمود، أحكام القسمة في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية نابلس، 1997/11/12 ص 32.

(2) أفندي، إبراهيم، ناجي، كتاب حقوق التصرف، مرجع سابق، ص223.

(3) الأمر العسكري رقم 58 بشأن الأموال المتروكة، الممتلكات الخصوصية، 1969. انظر: القاضي، عواد، نصري إبراهيم، الأوامر العسكرية الإسرائيلية وضعها القانوني وإشكالية تطبيقها، محكمة الاستئناف، رام الله، فلسطين، ص4.

(C) [1] –حسب الاتفاقيات المعقودة بين السلطة الوطنية الفلسطينية والجانب الاسرائيلي – وهو ما يخالف الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقيات جنيف[2] .

على الرغم أن الامر العسكري قد صدر في سنة 1950 المتعلق باملاك الغائبين –حسب مفهوم الامر – بمعنى أنه لا يطبق على الأراضي التي احتلت عام 1967 إلا أن هذا الامر قد تم تفعيله ليطبق على الأراضي التي احتلت في عام 1967. [3]

المطلب الثالث: تمتع الشركاء بالاهلية اللازمة:

الاهلية المقصودة هي اهلية الاداء الكاملة حيث نصت المادة (1/44) من القانون المدني المصري " كل شخص بلغ سن الرشد[4] متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية" ونصت المادة 109 منه على ان: "كل شخص اهل للتعاقد ما لم تسلب اهليته أو يحد منها القانون "[5] .

---

(1) وهي الأراضي التي لا تدخل تحت سيطرة السلطة الفلسطينية من ناحية سياسية أو ادارية وقد تخرج عن نطاق الأراضي التابعة من ناحية تنظيمية لبلدية مدينة أو بلدة أو قرية معينة. انظر اتفاقية اوسلو. الاتفاقية الإسرائيلة – الفلسطينية المرحلية حول الضفة الغربية وقطاع غزة، واشنطن، 28 أيلول، 1995.

(2) قوانين الحرب

القوانين و الأعراف (لاهاي IV) أكتوبر 18/ 1907

السلطة العسكرية المتاحة على الأراضي المحتلة

بند 23: رفض تدمير أو حيازة أملاك و عقارات بالدولة التي تم احتلالها إلا إذا كان التدمير أو الحيازة ذات ضرورة قصوى تتعلق بالحرب.

بند 46: يمنع بشكل مطلق مصادرة أو حيازة أملاك خاصة.

بند 55: ستكون الدولة المحتلة بمثابة جهة إدارية و منتفعة من المباني العامة و العقارات و الأراضي و الغابات و المناطق الزراعية في الأراضي المحتلة التي تخص الدولة التي تم احتلالها.

يجب على الدولة المحتلة المحافظة على كافة الممتلكات و غيرها للدولة التي احتلتها و إدارتها بما يتناسب و قوانين الانتفاع.

بند 56: ممتلكات البلديات و المؤسسات التي تم تكريسها لجهات دينية أو خيرية أو تعليمية أو فنية أو علمية حتى أراضي الدولة سيتم التعامل معها كأملاك خاصة.

(3) قانون أملاك الغائبين للعام 1950فقرة 17، بعد احتلال أراضي 1948: أي تداولات تمت بحسن نية بين حارس أملاك الغائبين وأي فرد أو جهة فيما يتعلق بنقل صلاحيات قانونية لأراضي تبين لاحقاً بأنها لا تنضوي تحت أملاك غائبين تعتبر قائمة و تبقى التداولات سارية المفعول حتى لو تبين لاحقاُ أن الأراضي المنقولة لا ينطبق عليها قانون الغائبين.

(4) نصت المادة 2/44 مدني مصري على أن:" وسن الرشد هي احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة ". نصت المادة 53من مشروع القانون المدني الفلسطيني أن سن الرشد ثمانية عشرة سنة.والاهلية في القانون المدني الأردني ثمانية عشرة سنة حسب نص المادة 43.

(5) تقابلها المادة (116) من القانون الأردني والمادة (100) من المشروع المدني الفلسطيني.

هذا ولا يكفي اجماع الشركاء لقيام القسمة الرضائية لكي تنتج اثارها، إذ لا بد كذلك من توافر الاهلية الكاملة لدى الشركاء على الشيوع، فإذا كان بينهم من هو ناقص الاهلية أو فاقدها فلا تصح القسمة الرضائية وبهذا الخصوص اشارت المادة 1041من القانون المدني الإردني على أنه " إذا كان احد الشركاء غائبا أو فاقدا الاهلية أو ناقصها فلا تصح القسمة الرضائية ". ويلاحظ من هذا النص أن المشرع الإردني لم يجز القسمة الاتفاقية في حالات معينة منها إذا كان احد الشركاء على الشيوع غائبا أو ناقص الاهلية أو فاقدها.

وعند مقارنة هذا النص بما اشار اليه المشرع المصري في المادة 835 [1] قد اجاز القسمة الرضائية في حالة وجود قاصر أو فاقد اهلية من الشركاء، إلا انهما وفي سبيل حماية مثل هذه الفئة اوجبا اتباع اجراءات قانونية معينة مثل الحصول على اذن مسبق من المحكمة المختصة قبل إجرائها التي لها الحق في تحديد الاسس والاجراءات الواجبة الاتباع ولها الحقأيضا باتباع طريقة القسمة القضائية ثم لا بد من تصديق المحكمة المختصة بعد اتمامها[2] .وان ما يحصل على ارض الواقع لدى دوائر التسجيل في فلسطين هو أخذ الاذن من المحكمة

(1) (للشركاء إذا انعقد اجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها.فإذا كان بينهم من هو ناقص الاهلية وجبت مراعاة الاجراءات التي يفرضها القانون) مطابقة للمادة (789) من القانون المدني السوري.المادة 972 من المشروع المدني الفلسطيني (1-للشركاء إذا انعقد اجماعهم أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها 2- إذا كان احد الشركاء غائبا أو فاقدا الاهلية أو ناقصها فلا تصح القسمة الرضائية دون وجود من ينوب عنه قانونا) تطابق المادة 1128من المجلة

(2) كيرة، حسن المرجع السابق، ف106، ص202. انظر الطعن رقم 702لسنة51ق-جلسة1985/11/6، س36، ص970، عبد التواب، معوض ص303 مرجع سابق، " للولي قسمة المال الشائع بالتراضي نيابة عن اولاده القصر. لا حاجة لاستئذان محكمة الاحوال الشخصية أو موافقتها. علة ذلك المواد 835 مدني و4و40 مرسوم بق 119 لسنة 1952 بشان الولاية على المال.النص في المادة 835 من القانون المدني على أنه (للشركاء إذا انعقد اجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها فإذا كان بينهم من هو ناقص الاهلية وجبت مراعاة الاجراءات التي يفرضها القانون) وفي المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم 119لسنة 1952 باحكام الولاية على المال على أن يقوم الولي على رعاية اموال القاصر وله ادارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون) وفي المادة 40 منه على أن (على الوصي أن يستاذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي يدل مع خلو نصوص هذا القانون من قيد مماثل بالنسبة للولي في مجال القسمة على أن يجري القسمة بالتراضي عن اولاده القصر دون حاجة لاستئذان محكمة الاحوال الشخصية أو الحصول على موافقتها على مشروع تلك القسمة". وجاء في قرارات المحاكم السورية، "أن بيع مال القاصر من قبل الولي الجبري بدون إذن صادر عن القاضي الشرعي يقع باطلاً.هيئة عامة رقم 194 / 69 تاريخ 6 / 3 / 2000 .WWW. ALEPPOBAR.ORG

البدراوي، عبد المنعم، الحقوق العينية الاصلية، الطبعة الثالثة، عام 1968. سوار، محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق، ف215، ص388 وما بعدها.

الشرعية لاجراء عملية القسمة، وقد تتشدد دائرة تسجيل الأراضي وذلك بتوجيه المتقاسمين ومن بينهم ناقص الاهلية إلى المحكمة المختصة حتى تتمم اجراءات القسمة ومن احضار حكم القسمة –ان صح التعبير– إلى دائرة التسجيل لافراغه [1] .

اما مجلة الأحكام العدلية فجاءت بحكمين في المادة (1128) الأول بعدم صحة القسمة في حالة غياب احد المتقاسمين، والثاني في حالة إذا ما كان من بين المتقاسمين من هو صغير فيكون موقوفا على امر القاضي[2] .

والملاحظ أن المشرع الإردني لم يجز القسمة في مثل هذه الحالة وقد اتبع في ذلك الشق الأول من حكم المادة 1128من مجلة الأحكام العدلية وذلك في حالة غياب احد الشركاء، إلا أنه قد خالف الشق الثاني من المادة 1128 وهو حالة وجود الصغير والتي يقوم القاضي مقامه في القسمة في تعيين ممثل لهذا الصغير، حيث اعتبر المشرع الإردني القسمة باطلةأيضا في حالة وجود ناقص الاهلية أو فاقدها، واشترط وجود من يمثله وان لا يتم التصرف إلا بعد الاذن من قبل المحكمة المختصة، وهي المحكمة الشرعية، وقد يؤدي مثل هذا الموقف من المشرع الإردني إلى تعقيد في الاجراءات بالنسبة للشركاء المشتاعين من حيث وجوب اللجوء إلى القسمة القضائية التي لا بديل عنها، وسيزداد الامر صعوبة إذا كان احد الشركاء الذي يرغب بالقسمة لا يملك الرسوم القانونية لدعوى القسمة القضائية، والواضح أن هناك اختلافا في هذه المسألة في

---

(1) انظر نقض مدني فلسطيني، 2005/19، قرار رقم 292 تاريخ 2005/4/20، مجموعة الأحكام القضائية والمبادىء القانونية، الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعاوى المدنية، جزء اول، اصدار جمعية القضاة الفلسطينين، طبعة أولى2007، ص542.

(2) افندي، علي حيدر، شرح المجلة العدلية المادة 1128، مجلد (3) ص122نصت على: (يشترط في قسمة الرضاء رضاء كل واحد من المتاقسمين، بناء عليه إذا غاب احدهم لا تصح قسمة الرضاء و إذا كان من ضمنهم صغير فيقوم مقامه وليه أو وصيه وان لم يكن للصغير ولي ولا وصي كان موقوفا على امر القاضي فينصب له وصي من طرف القاضي وتقسم بمعرفته) .ونصت المادة56 من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أن: "يخضع ناقصو الاهلية وعديموها لاحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بحسب الاحوال وفقا للقواعد المقررة في القانون ".
انظر المادة (2/4) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة المشتركة رقم (48) لسنة1953 (إذا كان بين الشركاء قاصر أو محجور يقوم مقامه في طلب التقسيم الولي أو الوصي) . انظر المادة (2/27) من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني (لا تصح قسمة الارض المملوكة على الشيوع رضاء دون حضور جميع الشركاء أو من ينوب عن كل منهم أو يمثلهم قانونا) .

أحكام القانون المدني الإردني وما بين القانون المدني المصري والمدني السوري [1]، ونجــد أن المشرع الفلسطيني في مشروع قانون الأراضي ومشروع القانون المدني قد ترك حــق التمثيــل القانوني مفتوحا سواء بالنسبة للغائب والذي يستوي معه فاقد الاهلية في هذا المقام، وبهذا فانــه يطابق الحكم الذي جاء به القانون المدني المصري والسوري، وايضا فان المشــروع المــدني الفلسطيني قد وضع حكماً حال غياب احد المتقاسمين فلا تبطل القسمة وتلزم الشركاء الحاضرين الذين اجروها، اما في حالة وجود الصغير فانه يستفاد من مشروع القانون المــدني الفلســطيني القسمة مع وجود من يمثله قانونا وهو ما نصت عليه المادة 972 منه [2]، وبالنظر إلــى موقــف المشرع الإردني فانني اجده لا يتوافق ولا ينسجم مع القواعد العامة التي تجيز للنائب القــانوني في حالة وجود قاصر أن ينوب عنه في اجراء القسمة وغيرها وهذا ما اشارت اليه المــادة 126 من القانون المدني الإردني بقولها: " التصرفات الصادرة في مال الصغير والتي لا تــدخل فــي اعمال الادارة كالبيع والرهن والقرض والصلح وقسمة المال الشائع واستثمار النقود لا تصح إلا باذن المحكمة المختصة وبالطريقة التي تحددها ". ومن هنا نرى التناقض ما بين نصي المادتين السابقتين من القانون المدني الاردني.

وفعلاً فإنه في حالة عدم قيام القسمة الرضائية عند الغياب أو فقد الأهليــة فــإن مســألة إجراء القسمة الرضائية قد لا تتحقق لأن مثل هذه الوضع قد يبقى قائماً إلى ما لا نهاية وبهذا فإن هناك إضراراً يصيب الشركاء كاملي الأهلية وتنقلب إلى قسمة قضائية حســب نــص القــانون المدني الاردني، بمعنى أن احد الشركاء يجب يتوجه مباشرة إلى المحكمة ويقيم دعــوى علــى جميع الشركاء لازالة الشيوع، وتطبق عليها أحكام قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية في التبليغات وتجري القسمة وهو ما جاء في المادة (7) من تقسيم الأموال غير المنقولة[3] .

---

(1) الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر لعام 1974، ف135، ص206 وما بعدها.

- انظر، ابو الرب، يوسف توفيق محمود، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، مرجع سابق، ص31.

(2) (2:- إذا كان احد الشركاء غائبا أو فاقدا الاهلية أو ناقصها فلا تصح القسمة الرضائية دون وجود من ينوب عنــه قانونا.

(3) إذا طلب فريق من الشركاء أو احدهم التقسيم ورفض الاخرون أو كان بينهم غائب أو قاصر أو محجوز يترتب على قاضي الصلح أن يبلغ الشركاء أو الولي أو الوصي (كما هي الحالة) لزوم حضورهم في اليوم الذي يعينه لهــذا الغــرض

وبهذا الصدد فقد اكد القرار رقم (8) الصادر عن الديوان الخاص بتفسير القـوانين [1] بقوله: "....ومن هذه النصوص يتضح جليا أن واضع القانون قد اوجب إجراء القسمة القضـائية عند وجود احدى الحالتين التاليتين:-1 إذا طلب فريق من الشركاء أو اجدهم التقسـيم ورفـض الاخرون.2- إذا طلب فريق من الشركاء أو احدهم التقسيم وكان بيـنهم غائـب أو قاصـر أو محجوز وذلك لأن بقية الشركاء لا ولاية لهم على الغائب كما أن موافقة المحجوز عليهم أو مـن يقوم مقامهم لا حكم لها. ولهذا فلا تجوز القسمة الرضائية في حالة وجود غائـب أو قاصـر أو محجوز " صدر بتاريخ 1954/4/14.

ومن خلال ما جاء في القرار السابق فهذا يعني أن القسمة الرضـائية بوجـود نـاقص الاهلية أو الغائب أو المحجور تنقلب قضائية.

وعلى الرغم من ذلك فقد جاء القرار رقم (13) الصادر عن الديوان الخـاص بتفسـير القوانين والصادر في 1962/8/19 قد اجـازت لاوليـاء واوصـياء[2] الصـغار والمجـانين والمعتوهين بيع وفراغ اموالهم غير المنقولة باذن من المحكمة وذلك لغايات[3] محـددة اسـتثنيت من القرار السابق وقد جاء في تبرير هذا القرار ان"... كلمة (البيع) هي مبادلة مال بمال انمـا تنصرف إلى العقارات المملوكة اما الفراغ فينصرف إلى الأراضي الاميرية. وحيث أن الفـراغ هو مقاولة يتنازل بموجبها صاحب التصرف بالأراضي الاميرية لغيره عن حقوقه التصرفية إما

على أن يجري تبليغ الغائبين الذين لم يعرف لهم محل اقامة وفق قانون اصول المحاكمات الحقوقية الخاصة بتبليغ مجهولي محل الاقامة) .

(1) عطا الله، يوسف ابراهيم، مساعد مدير الأراضي في الضفة الغربية، نقلا عن مجموعة قوانين الاراضـي، ص555، نشر هذا القرار في العدد 1182 من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ 1954/5/16

(2) انظر " يحق للوصي أن يطلب ازالة شيوع العقار دون اذن القاضي الشرعي (قر 149، تا 1969/4/22، المحـامون لعام 1969، ص165، ف250) " نقلا عن سوار، محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، الحقـوق العينيـة الاصـلية، الاشياء والاموال، مطبعة الروضة-دمشق، 1992-1993، هامش ص 389.

(3) -انظر المادة رقم (10) من قانون رقم (51) لسنة 1958 قانون معدل للاحكام المتعلقة بالأموال غيـر المنقولـة، "على الرغم مما ورد في المادة (52) من قانون الأراضي العثماني يجوز لاولياء واوصياء الصغار والمجانين والمعتوعين بيع وفراغ اموالهم غير المنقولة باذن من المحكمة المختصة إذا توافرت المسوغات التالية وبعـد التثبـت مـن صـحتها وضرورتها:أ-من اجل تسديد دين المورث إذا كانت تلك الأموال قد انتقلت اليهم بالارث عنه.ب- إذا كان الدين ناشئا عن ثمنها.ج-من اجل نفقات الدراسة أو المعالجة الطبية سواء انتقلت تلك الأموال بطريق الارث أو باية صورة اخرى. المـر، دعيبس، انظر مجموعة الاراضي، ص579.مرجع سابق.

ببدل أو بدون بدل فان مبادلة ارض اميرية بارض اميرية تدخل في مفهوم الفراغ. ولهذا فان مثل هذه المبادلة ممنوعة اصلا طالما ولم يكن الغرض منها تسديد دين المورث أو ثمن الارض ذاتها أو تامين نفقات الدراسة اوالمعالجة الطبية" .

وجاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية [1]ما يلي: "أن المادة 52 من قانون الأراضي العثماني تتحدث عن الحظر عن أولياء وأوصياء الصغير التنازل عن الأراضي التي تكون قد دخلت في عهدة الصغير للغير بناء على سبب من الأسباب كالدين أو ضرورة النفقة أو لأي سبب أخر ولا يستطيعون أن يدخلوها على عهدتهم و إذا أمر غيرها أو أدخلوها للصغير بعد بلوغه واقتداره على التصرف استردها وضبطها خلال عشر سنوات، وأتم المادة 10 من القانون رقم 51 لسنة 1958 إجازة لهم ذلك بإذن من المحكمة المختصة بعد التثبت من المسوغات الآتية:

1. من أجل تسديد دين المورث إذا كانت الأرض انتلقت لهم بطريق الإرث.
2. إذا كان الدين ناشئاً عن ثمنها.
3. من أجل نفقات الدراسة أو المعالجة الطبية.

إن سن التمييز يبدأ بتمام السابعة من العرم فتصرفات الصغير ما كان نفعاً خالصاً له نصح من غير إذن الولي المادة 977 من المجلة، وما كان ضاراً به ضرراً خالصاً لا تصح منه كهبة للغير وتصدقه ووقفه وما كان محتملاً بين الضرر والنفع فوقف على إجازة وليه فإن إجازها صحت لأن ذلك دليل نفعها له، وأن أبطلها بطلت لأن ذلك دليل ضررها به وعقد البيع هو العقود المترددة بين النفع والضرر.

وطالما شهد على العقد ولي الطاعنين والدهما فإن ذلك يعتبر إذناً منهما بالبيع إذا أن المادة 973 من المجلة تنص كما يكون الإذن صراحة يكون دلالة على تصرفات الصغير المميز، وسكوت الولي يكون إذن بذلك التصرف طالما تم العقد بحضوره وشهد عليه".

هذا ولطالما أن الغاية هي حماية القاصر، فالامر يتطلب قسمة اتفاقية بمشاركة النائب القانوني وتصديق المحكمة [2] فقط للتاكد من حصول القاصر على حقه وان القسمة كانت

(1) انظر نقض مدني فلسطيني،، 2005/19، قرار رقم 292 تاريخ 2005/4/20، مجموعة الأحكام القضائية والمبادىء القانونية، الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعاوى المدنية، جزء اول، اصدار جمعية القضاة الفلسطينين، طبعة أولى2007، ص542.

(2) جاء في القرار التمييزي رقم 99/904(صادر عن الهيئة العامة) منشور على الصفحة رقم2262 من المجلة لسنة 2000، حجاوي، بسام، المبادىء القانونية، مرجع سابق ص118،:"المحكمة الشرعية هي صاحبة الاختصاص بموجب القانون بتحديد الوصي على القاصرين... ". انظرأيضا " لا تستقيم دعوى ازالة الشيوع بالنسبة للقيم على مال الغائب قبل

عادلة.لذا وفي هذا الصدد فانه يتوجب على المشرع الإردني أن يعيد النظرفي نص المادة 1041 من القانون المدني الإردني في ضوء موقف المشرع المصري و السوري والمجلة والمشروع المدني الفلسطيني سيما اننا عرفنا أن الحكمة من نص المادة 1041 هي حماية مثل هذه الفئة من خلال اللجوء إلى القسمة القضائية والتي يمكن توفيرها باتباع اجراءات مبسطة اقل تعقيدا في ضوء موقف المشرع المصري والسوري والمجلة المشار اليه آنفا.

المطلب الرابع: وجوب تسجيل عقد القسمة

اضافة إلى الشروط السابقة يشترط تسجيل عقد القسمة الرضائية إذا كان محله عقارا. فإذا كان المال الشائع عقارا _ والعقار كما عرفته المادة 68 من المشروع الفلسطيني والمادة 82 المدني المصري وقد عرفته المادة 58 من القانون المدني الإردني بانه هو "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير" _ فلا بد من تسجيله في دائرة تسجيل الأراضي لكي ينتج عقد القسمة الرضائية اثاره. إذ أن التسجيل امر شكلي لا بد من مراعاته وبدونه لا ينعقد العقد ولا ينفذ بين الشركاء ولا يكون ملزما للغير، بمعنى أخر يكون العقد باطل(1) .وفي ذلك تنص المادة 1/168من القانون المدني الإردني (العقد الباطل ما ليس مشروعا

استئذان القاضي الشرعي (نقض قر 81 تا 1970/3/5 المحامون لعام 1970 ص 205 ف 297) " نقلا عن سوار، محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، الاشياء والاموال، مطبعة الروضة-دمشق، 1992-1993، هامش ص 389.

وجاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية نقض مدني رقم 2004/22 و 2004/66، و2004/28 قرار رقم 71 بتاريخ 2004/5/2، مجموعة الأحكام القضائية، ج1، مرجع سابق، ص509. "أن المادة 1/82 من قانون أصول المحاكمات المدنية التجارية لسنة 2001 نصت بأن المحكمة لو من تلقاء نفسها أن تدخل في الدعوى ما ترى ادخاله لإظهار الحقيقة ولا يجوز للموكل إذا نقلت بالوكالة حق للغير أن يلغي الوكالة أو يقيدها دون موافقة من صدرت لصالحه وذلك أن المادة 11/ ب من القانون رقم 51 لسنة 1958 اعتبرت الوكالة الدورية واجبة النفاذ بحق عاقديها وملزمة لطرفيها ويلتزم البائع بالتقيد بها ولا يملك أن يجري أي تصرف بالمال غير المنقول موضوع الوكالة، استقر القضاء على أن عقد البيع أو عقد الوعد بالبيع الذي يرد على العقار يجب أن يسجل في دائرة تسجيل الأراضي كشرط لانعقاده حسب نص المادة 16 من قانون تسوية الأراضي والمادة الثانية من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة، أن لائحة الدعوى واللائحة الجوابية هي التي تبين نطاق الدعوى من حيث موضعها وسببها وأطرافها".

(1) استقر اجتهاد محكمة التمييز الاردنية على أن العقود المتعلقة بالعقارات والتي تتم خارج دائرة التسجيل هي عقود باطلة (تمييز حقوق 81/31) مجلة نقابة المحامين الاردنيين، ص1063، عام 1981، وتمييز حقوق 104، عام 1981 مجلة نقابة المحامين، ص1454، عام 1981. وتمييز حقوق رقم 138، لسنة1954، سنة النشر1955، صفحة المجلة 9، جزء1 جاء فيه: "اتفاقية القسمة التي لم يتم تسجيلها في دائرة الطابو غير نافذة المفعول ".الزعبي، خالد و الفضل منذر،

باصله ووصفه بان اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الاجازة 2-ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها3- ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد) .ونصت المادة /3 من نظام تسجيل الأراضي رقم (1) لسنة 1953الاردني على أن "(أ) تجري معاملة بيع الحقوق والمنافع في الأراضي في دائرة تسجيل الأراضي بموجب عقد بيع لكل مشتر وعندما يتم البيع تشطب اسماء البائعين من صحيفة سجل الأموال غير المنقولة ويدون اسم المشري مع رقم وتاريخ عقد البيع ".

وهذا ما أكدته المادة 1148 من القانون المدني الإردني حيث تنص ما يلي: (لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الاخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقا لاحكام القوانين الخاصة به) . وهو ما اشارت اليه المادة 89 من القانون المدني المصري على ما يلي: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد " وبالرجوع إلى قانون تسوية الأراضي والمياه وتعديلاته، باعتباره القانون الخاص المتوجب تطبيقه في الضفة الغربية في هذا المجال نجد أن المادة 3/16 منه تنص على ما يلي (في الاماكن التي تمت التسوية فيها، لا يعتبر البيع والمبادلة

المدخل إلى علم القانون، طبعة أولى، المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان- الاردن، 1995، ص278.انظر الدحدوح، سالم حماد، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص254.

-انظر المادة (2) من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم (49) لسنة(1953):(ينحصر اجراء جميع معاملات التصرف في الأراضي الاميرية والموقوفة والاملاك والمسقفات والمستغلات الوقفية واعطاء سندات تسجيل بها في دوائر تسجيل الاراضي) .الطعن رقم 203 لسنة 61ق- جلسة 1993/11/24، لم ينشر بعد، معوض عبد التواب، ص320، "" القسمة غير المسجلة. اثرها. اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الاخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه. عدم الاحتجاج بهذه الملكبة على الغير إلا إذا سجلت القسمة "". انظرأيضا نقض جلسة 1960/4/21، س11، ص324، معوض، ص 305.انظر المادة رقم (5) من قانون رقم51 لسنة 1958، قانون معدل للاحكام النتعلقة بالأموال غير المنقولة.

- نصت المادة 89 من القانون المدني المصري "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد " ومعنى ذلك أن التسجيل هو شرط لانعقاد عقد القسمة.

-انظر:الدحدوح، سالم حماد، مرجع سابق، ص199-202.وايضا هامش ص485.

والافراز والمقاسمة في الارض أو الماء صحيحا إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل).

وتنص المادة 218 من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني على ما يلي: "لدى إيداع معالمة إفراز أو تقسيم مال غير منقول فيجب أن ترفق مع المعاملة خارطة مساحة قابلة للتسجيل". يتضح من قراءة نص المواد المشار إليها أنها تشير وبصورة صريحة إلى وجوب تسجيل عقد القسمة الرضائية لدى دائرة تسجيل الأراضي إذا تعلق بمال غير منقول اما في حالة عدم تسجيل عقد القسمة الرضائية لا يترتب عليه ازالة شيوع، ويكون العقد باطلا ولا يرتب اثرما بين المتقاسمين انفسهم والغير وبهذا الصدد جاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية [1] ما يلي:" حصر المشرع وفق صريح نص المادة الثانية من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 والمادة (13/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952 جميع إجراءات البيع والمبادلة، والإقرار والمقاسمة في الأراضي أو المياه بدائرة تسجيل الأراضي، فيما رتب في (11/ب) من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة، رقم 51 لسنة 1958 للوكالات المتضمنة بيع وفراغ الأموال غير المنقولة والمتعلقة بها حق الغير وجوب تنفيذاه لدى دائرة التسجيل خلال خمسة عشرة سنة من تاريخ تنظيمها أو تصديقها إلا أن المستفيد بموجب تلك الوكالة لا يعتبر مالكاً ما لم يتم التسجيل في دائرة الأراضي وبذلك فإن الأخير لا يستطيع التنازل لغيره عن ما لم يملك طالما أن الملكية لا تثبت إلا بالتسجيل بمعنى أنه وكالة تعطى منه للغير يوكل بموجبها وكيلاً عنه لا تترتب أثراً. إن الشارع حصر معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة من أبرزها تسجيل الأراضي فإن تسجيل الأرض باسم الورثة بعد وفاة مورثهم (الواقفة) بموجبة معاملة الانتقال بالإرث وقبل أن يسجل الوقف لدى دائرة الأراضي ليس من شأنه أن يرتب بطلان على معاملة الانتقال ذلك أن الاشهاد على الوقف لدى المحكمة الشرعية لا يجعل الوقف لازما ما لم يسجل في دائرة الأراضي".

---

(1) انظر نقض مدني فلسطيني، 2005/162، قرار رقم 292 تاريخ 2006/9/18، مجموعة الأحكام القضائية والمبادىء القانونية، الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعاوى المدنية، جزء اول، اصدار جمعية القضاة الفلسطينين، طبعة أولى2007، ص561. وتنص المادة (2) من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 على "ينحصر إجراء جميع معاملات التصرف في الأراضي الأميرية والموقوفة والاملاك والمسقفات ولامستغلات الوقفية واعطاء سندات التسجيل بها في دوائر تسجيل الأراضي".

الا أن هذا الشرط لا ينطبق على الأراضي التي لم تتم تسويتها– وهي الأراضي التي كانت قد شرعت المملكة الاردنية الهاشمية باعمال التسوية فيها – وذلك بسبب الاحتلال الاسرائيلي للاراضي العربية ومنها اراضي الضفة الغربية – حيث صدر امر عسكري بوقف جميع اعمال التسوية تحت مسمى (امر رقم 291 امر بشان تسوية الأراضي وتنظيم المياه) [1] وكان ذلك بتاريخ 19 كانون اول 1968 وجاء نص المادة 3 فقرة أ " يعطل مفعول أي امر تسوية واي اجراء اتخذ بموجب امر التسوية ويلغى كل مفعول كل تعليمات في القانون تحظر عقد صفقة في الأراضي أثر صدور امر التسوية، تنتقص من مدة صفقة كما ذكرتمنع تشترط أو تعلق أي اجراء كان في شؤون الأراضي أو المياه أثر صدور امر التسوية سواء كان اجراء اتخذ في محكمة أم اجراء لم يتخذ في محكمة) والامر رقم 25 –امر بشان الصفقات العقارية – منطقة الضفة الغربية) وكان ذلك بتاريخ 18 حزيران 1967، وقد عرف هذا الامر العقارات " العقارات الكائنة في منطقة الضفة الغربية وتشمل كل مبنى أو ملك أخر مرتبط بالعقارات أو كل حق متصرف به أو متوقع في العقارات " [2] والتسجيل كما قلنا هو ركن لانعقاد العقد وبدون هذا الشرط لا تنفذ القسمة الرضائية ولا ترتب اثارها، وهذه الاثار قد تكون ما بين المتقاسمين انفسهم، وقد تكون ما بين المتقاسمين والغير. أن ما درج عليه المتقاسمون في هذا النوع من الأراضي هو أن تتم القسمة الرضائية من قبل المحكمة المختصة بموجب دعوى من احد الاطراف المشتاعين على بقية الشركاء ومن ثم تقدم اتفاقيات معدة مسبقا ومتفق عليها بين المتقاسمين للمصادقة عليها باعتبارها حكما قضائيا غير قابل للطعن، وذلك لاعطاء كل متقاسم وثيقة (حكم) تثبت تصرفه بالجزء المفرز من العقار له وحاز على صفة الملكية المفرزة. ولكن وحسب القوانين المطبقة فان هذا الحكم لا ينفذ لدى دائرة المالية –وهي الدائرة التي يسجل فيها اسماء المتصرفين بالأراضي لغايات دفع ضريبة الاملاك – إذا كانت الأراضي التي تمت فيها القسمة تقع خارج المدن (خارج المخطط الهيكلي للمدينة)، اما إذا كانت هذه الأراضي تقع داخل المدينة فانها تسجل لدى دائرة المالية، كون هذه الأراضي الواقعة داخل المدينة اصبحت ملكا

---

(1) مراد، عبد الفتاح، النظام القانوني والقضائي في إسرائيل وفلسطين، 1995، ص200–209.
(2) انظر المر.دعيبس، مجموعة أحكام الاراضي.احكام الاراضي، ص 592

حسب نصوص قانون تحويل الأراضي من نوع ميري إلى ملك رقم 41 لسنة 1953 وتنص على ما يلي:

1- تحول الأراضي الاميرية الواقعة ضمن المناطق البلدية من ميري إلى ملك.

2- إذا وسعت حدود اية بلدية، تحول الأراضي الاميرية التي ادخلت ضمن حدود المنطقة البلدية من جراء التوسيع المذكور من ميري إلى ملك اعتبارا من تاريخ التوسيع المذكور.

3- إذا احدثت بلدية ما تحول الأراضي الاميرية الواقعة داخل منطقة البلدية من ميري إلى ملك اعتبارا من تاريخ احداث البلدية المذكورة) وعند هذا التحويل فان القسمة إذا حدثت فانه يسجل كل قسيمة باسم المتصرف المتقاسم وتاخذ هذه القسيمة رقما جديدا بالافراز من البلدية.

إلا أن هذا الامر ما زال يثير الكثير من الجدل من عدة مسائل قانونية ومن هذه المسائل ما يلي:

المسألة الأولى: لا تسجل هذه الاراضي- اراضي المالية أو الأراضي التي لم تتم تسويتها – لدى دائرة تسجيل الأراضي إلا عن طريق اجراءات التسجيل الجديد (التسجيل المجدد) بموجب القانون رقم 6 لسنة 1964 وهذه الاجراءات تجري في دائرة تسجيل الأراضي وفي نهاية هذه الاجراءات يصدر من دائرة التسجيل صحيفة باسم المالك أو المتقاسمين(سند ملكية) بالمعنى الصحيح[1] –ان جاز التعبير – وتاخذ الارض المسجلة تسجيلا جديدا رقما جديدا ورقم حوض جديد، ويتحقق الشرط الشكلي لانعقاد العقد إذا تمت قسمة هذه الارض بين الشركاء بعد هذا التسجيل الجديد، أو أن يتم الإفراز وتقسيم الارض أو الأراضي إلى قسائم مؤقتة بحيث يعرف كل من المتقاسمين القسيمة التي اختص بها وبعد توقيعها من الجهات المختصة ومنها الحكم المحلي والبلدية لمطابقة الإفراز على المخطط الهيكلي للمدينة أو الهيئة المحلية، وان هذا الاجراء طويل من حيث المدة ومكلف لصاحب معاملة التسجيل، كون هذه المعاملة تقدم بناء على طلب المتقاسمين انفسهم[2].

---

(1) المادة 5 و6 من قانون رقم(6) لسنة 1964. قانون تسجيل الأموال غير المنقولة التي لم يسبق تسجيلها.

(2) انظر المواد: 28، 29 من قانون رقم 79 لسنة 1966. قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية، نشر في عدد 1 بالجريدة الرسمية، رقم 1952 بتاريخ 1966/9/25.

المسألة الثانية: صحيح أن القسمة بموجب الحكم الصادر من المحكمة قد اعطى للمتقاسمين صفة الملكية لحصص مفروزة ومحددة، إلا أن هذا الحكم لا ينفذ لدى دائرة تسجيل الأراضي –الا بالطريقة التي ذكرناها سابقا – حتى وان كانت هذه الأراضي تقع ضمن مسطح – حدود – المدينة أو البلدة أو القرية، ولكن ينفذ قرار الإفراز لدى دائرة ضريبة الاملاك (المالية) على الأراضي التي تدخل المخطط الهيكلي للمدينة بعد التصديق عليها من البلدية، وان القانون الذي يطبق على هذا النوع من الأراضي هو قانون معدل للاحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958، بمعنى أن البيوع بموجب سند أي قد يكون اتفاقية بيع (حجة بيع) وقد يكون بموجب وكالة دورية غير قابلة للعزل وقد يكون بأية ورقة موقعه ما بين الأطراف وهو البائع والمشتري تفيد بوقوع البيع في تاريخ معين موصوفاً فيه المبيع، كما جاء في المادة (3) منه ترتب اثرا للملكية إذا مر على تصرف المشتري مدة عشرة سنوات في الأراضي الاميرية وخمس عشرة سنة في العقارات المملوكة.وهذا ما ينطبق على القسمة فيما بين المتقاسمين إذا ما تمت بموجب اتفاقية قسمة ما بين الشركاء دون اعطائها صبغة قانونية [1]، وهذا لا يعني أن القسمة الحاصلة في هذا النوع من الأراضي غير جائزة، ولكن يشترط فيها التصرف مدة عشر سنوات في الأراضي الميري، وخمسة عشرة سنة في الأراضي الملك ومن هنا نرى مدى قدم التشريع الذي يعالج العقار الفلسطيني، وخاصة لوجود عدة أنواع من الأراضي، ولا يوجد قانون موحد يطبق على جميع أنواع هذه الأراضي. [2]

المسألة الثالثة: صحيح أن قسمة الأراضي غير المشمولة باعمال التسوية والداخلة ضمن حدود البلدية هي مسجلة لدى دائرة المالية (دائرة ضريبة الاملاك) فانه وبقسمتها وتسجيلها لدى دائرة ضريبة الاملاك لا ينطبق عليها التسجيل بالمعنى الصحيح لانعقاد العقد كما هو في الأراضي

---

(1) تمييز رقم 106، لسنة 1961، صفحة 265، جزء 2، سنة النشر1963 "انه وان كانت القسمة التي تقع خارج دائرة التسجيل تعتبر باطلة الاانها تاخذ حكم البيع العادي وتعتبر صحيحة وملزمة إذا تمت بموجب سند واقترنت بالتصرف مدة مرور الزمن عملابالمادة الثالثة من القانون المعدل للاحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة. اقرار الشريك الخصم بالقسمة يقوم مقام السند على اعتبار أن الاقرار هو سيد البينات."

(2) انظر نقض مدني فلسطيني، 2004/211، قرار رقم 249 تاريخ 2005/3/9، مجموعة الأحكام القضائية والمبادىء القانونية، الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعاوى المدنية، جزء اول، اصدار جمعية القضاة الفلسطينين، طبعة أولى2007، ص537. والنقض رقم 2005/239، تاريخ2006/11/1، مرجع سابق، ص553

التي تمت تسويتها وذلك بسبب أن (القسمة) الإفراز الرضائي يخضع إلى اجراءات ادارية من قبل البلدية كما هو الحال في الأراضي التي تم تسويتها وذلك للتاكد أن هذا الإفراز يطابق المخطط الهيكلي للمدينة، وان سبب تسجيل هذه القسمة _الافراز_ لدى دائرة المالية هو كون هذه الأراضي لم تتم تسويتها، وان تحويلها من نوع ميري إلى ملك لا يرتب اثرا لاعطائها سند ملكية. [1]

المسألة الرابعة: كون القواعد التي تحكم ضمان البائع هي التي تحكم ضمان المتقاسم [2] فهذا يعني أن المتقاسم في الأراضي الاميرية أو الأراضي الملك يستطيع نقض القسمة الرضائية إذا لم تمر المدة المحددة في القانون المعدل للاحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة وهي عشرة سنوات في الأراضي الميري وخمسة عشر سنة في الأراضي الملك مما يعني أن القسمة الرضائية تبقى مهددة من قبل الشركاء بنقضها حتى تنتهي المدد المذكورة.

المسألة الخامسة: إذا كان التسجيل لدى دائرة التسجيل (الشهر العقاري) يعتبر ركنا لانعقاد العقد فان هذا الامر ينطبق على الأراضي التي تمت التسوية فيها ولا ينطبق على الأراضي التي لم تتم تسويتها، ويعتبر هذا التسجيل لدى دائرة غير دائرة تسجيل الأراضي (الطابو) كدائرة ضريبة الاملاك –المالية – وسيلة اثبات فيما بين المتقاسمين انفسهم وفيما بين المتقاسمين والغير بان القسمة قد حصلت حسب الشروط المذكورة –دون التسجيل لدى الطابو طبعا – وان هذا التسجيل لدى دائرة المالية يعتبر وسيلة لاثبات التصرف مدة مرور الزمن وكون القسمة تعتبر من التصرفات فان اثبات مدة مرور الزمن في القسمة تشمل تصرف المتقاسمين [3] . علماً أن البلدية أحياناً تأخذ صفة دائرة تسجيل الأراضي ولديها سجلاً بأملاكها من العقارات والأراضي

---

(1) انظر المواد 28، 29، 30 من القانون ؤقم 79 لسنة 1966قانون تنظيم المدن والقرى الأردني المنشور في العدد 1952 من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ 1966/9/25، مرجع سابق.

(2) انظر الطعن رقم 120لسنة 15ق–جلسة1949/10/10، عبد التواب، معوض، جزء رابع، مرجع سابق، ص 296، وينص على " القواعد التي تحكم ضمان البائع هي التي تحكم ضمان المتقاسم.....لان تعيين قيمة الأموال المستحقة في عقد القسمة يقابل تعيين الثمن في عقد البيع، والمقرر في أحكام عقد البيع على ما يستفاد من نص المادة 265 من القانون المدني أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشتري عالما وقت الشراء بسبب الاستحقاق وانه مع هذا العلم لا حاجة إلى شرط عدم الضمان ليمتنع على المشتري الرجوع على البائع باي تعويض في حالى الاستحقاق ". انظر عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (1)، جامعة الدول العربية، ص39

(3) المادة الثالثة من قانون معدل للاحكام المعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958–قانون رقم 35لسنة1960

وأن التصرفات القانونية المتعلقة بهذه الأراضي تسجل في البلدية ويكون لهذه الأرض رقماً جديداً –تحمل رقم بلدية –غيرالرقم الذي أخذته في دائرة ضريبة الأملاك ولكن بعد تسجيلها باسم المالك لدى البلدية يتم تسجيل هذه الأرض في المالية باسم نفس المالك بمعنى أن البلدية تأخذ صفة دائرة تسجيل الأراضي فيما يخص أملاكها التي استملكتها أو اشترتها ولكن هذه الأراضي لم تتم تسويتها وتكونأيضا داخلة ضمن مخططها الهيكلي.

المسألة السادسة: أن الاحتلال الاسرائيلي وبموجب الاوامر العسكرية ومنها المذكورة سابقاً قد اوجد حكما جديدا وهي أن الشروط المذكورة في تلك الأوامر والواجب توافرها في القسمة لا تنطبق على الأراضي التي شملها الامر العسكري رقم 58 (بشان الأموال المتروكة) أو ما يسمى(باملاك الغائبين) وهي اموال النازحين المنقولة وغير المنقولة التي تركها اصحابها بسبب الاحتلال وينص الامر المذكور في تعريف العقارات بانها: "كل ارض من أي نوع كان وباية صورة من صور التصرف وكل بناء شجرة أو أي شيء أخر متصل بالارض وكل جزء من بحر، من ساحل، أو من نهر وكل حق في منفعة في الارض أو في المياه أو من فوقها "[(1)]. وعرف المال بموجب هذا الامر بانه:" يشمل العقارات والمنقولات، النقود، الأموال المنقولة، الحق في مال سواء، اكان متصرفا به أم متوقعا والشهرة وكل حق في جماعة من الاشخاص أو في ادارتها مما يعتبر ممتلكات خصوصية " وعرف المال المتروك في المادة1/ (ز) منه بانه: "المال الذي يكون صاحبه القانوني أو المتصرف به حسب الاصول، قد غادر المنطقة قبل التاريخ المحدد في التاريخ المحدد أو بعد التاريخ المذكور وترك المال في المنطقة غير أن المال الذي يتصرف به غير صاحبه والمتصرف به معا متغيبين عن المنطقة ". وكذلك بين أن الممتلكات الخصوصية هو المال الذي لا يقع في ممتلكات الدولة (دولة الاحتلال) قبل التاريخ المحدد (أي قبل تاريخ الاحتلال) وان المسؤول عن هذا المال يعين من قبل قائد المنطقة (الحاكم العسكري للمنطقة الواقع فيها العقار) .

---

(1) الامر العسكري رقم 58 لسنة 5727 –1967 15 تموز 5727 (23تموز 1967)، المادة 1/(هـ) العدد(5) ص159.انظرأيضا الامر العسكري رقم 25 "امر بشان الصفقات العقارية " لسنة5727–1967، "18حزيران1967)، العدد 1، ص53، المادة رقم 1.انظر بهذا المعنى بحث بعنوان "إسرائيل الدولة "الديمقراطية" ترتكز على القوانين العسكرية في محاولتها تطبيق قانون أملاك الغائبين في القدس الشرقية المحتلة "، www.poica.org/editor/case_studies/view.php?recordID

وجاء في تعريف الصفقة العقارية " العملية الاقتصادية أو أي عملية غيرها تجري نقـدا أو باي طريقة اخرى بمقابل أو بدون مقابل وتشمل الاتفاق بشان عقد صـفقة ". [(1)] والصـفقة العقارية حسب المفهوم الدارج في دوائر تسجيل الأراضي تشمل البيع والقسمة واية معاملة قـد تتعلق بنقل الملكية فيما بين المتعاقدين أو فيما بين الشركاء [(2)] عند القسمة.

من خلال نصوص الامر رقم 58 السابقة نجد أن هذه الأراضي اصبحت مـن ضـمن مسؤوليات الحاكم العسكري – الادارة المدنية – فهذه أصبحت هي المسؤولة عن التصرف بهـذه الأراضي التي لا يوجد لها صاحب –حسب مفهوم الامر العسكري– أو متصـرف بهـا كونهـا اصبحت اراض متروكة مهما كان نوع هذه الأراضي وتخضع لتصـرف المسـؤول –الحـاكم العسكري– من ايجار أو بيع [(3)] . أن هذا النوع من الأراضي الذي استجد بموجب الامر السابق تخرج عن مفهوم الأراضي التي يجوز تقسيمها كونها لا تعتبر ملكا لمن كان يتصرف بهـا، لأن الادارة [(4)] والمتصرف[(5)] اصبحت هي الدولة المحتلة، وان شرط التسـجيل المـذكور يعتبـر ناقصا كون القسيمة التي سيختص بها الغائب ستكون تحت تصرف وادارة حارس املاك الغائبين –حسب مفهوم الامر العسكري الاسرائيلي– وقد بقيت كذلك حتى اصدار القرار من قبل الرئيس الراحل الشهيد (ياسرعرفات) لالغاء الاوامر العسكرية في الأراضي الفلسطينية –الأراضي التي تخضع لادارة السلطة الوطنية الفلسطينية – بشان الأموال المتروكة واموال الغائبين، وبهذا الغي معنى الغائب في دوائر تسجيل الأراضي التي تقع ضمن اراضي السلطة الوطنية الفلسطينية، مع العلم أن أول قرار للرئيس الراحل ياسر عرفات كان بتـاريخ 20 أيـار 1994، ومفـاده هـو

---

(1) الامر رقم 25 "امر بشان الصفقات العقارية "العدد 2 ص 51.وعرفها الامر العسكرية 102 "امر بشـان صـلاحية التوقيع بصدد صفقات (منطقة الضفة الغربية) لسنة 5727–1967، 27 اب 1967.العدد 6، ص231، بانها: "تشمل عقـد شراء، بيع، حكر، تاجير، تشغيل، خدمات، نقل، واستبدال ".

(2) الشريك: "يشمل كل صاحب حق في الاملاك سواء بصفة صاحب اسهم أم بصورة اخرى "، المادة الرابعة من الامـر رقم 59، مرجع سابق، ص164.

(3) المادة 1/9 من الامر العسكري رقم 58 بشان الأموال المتروكة –الممتلكات الخصوصية

(4) المادة 1 من الامر العسكري رقم 59 امر بشان املاك الحكومة (منطقة الضفة الغربية) لسنة 5727–1927، 23تموز 5727(31تموز1967)

(5) المادة 1من الامر رقم 59 مرجع سابق، " المتصرف " يشمل من يسيطر باي شكل من الاشكال بصـورة مباشـرة أو غير مباشرة على الملك الذي يسري عليه هذا الامر.

المادة 2 "يجوز للمسؤول أن يتقلد التصرف باملاك الحكومة وان يتخذ كل اجراء يراه لازما لذلك ".

استمرار العمل بالتشريعات والقوانين سارية المفعول التي كانت سارية المفعول قبل 1967/6/5 في الضفة الغربية وقطاع غزة، ومنذ صيف 1994[1].

ومنذ أن تولت السلطة الفلسطينية السلطة التنفيذية 1994/7/5، والمجلس التشريعي منذ 1996/3/7 سلطة إصدار التشريعات والقوانين التي تشمل كافة مناحي وجوانب الحياة العامة للمجتمع الفلسطيني وتنظيمها، وكان من نتائج إصدار القوانين المختصة في جميع شؤون المواطن الفلسطيني هو الغاء الكثير من الأوامر العسكرية الإسرائيلية في الضفة وغزة.

وكانت تصدر هذه القوانين والتشريعات في الجريدة الرسمية الفلسطينة والتي سميت (الوقائع الفلسطينية) وقد كان تاريخ صدور أول عدد لها في 1994/11/20 ومن ضمنها القوانين الخاصة بالأراضي والعقار[2].

(1) .www.moj.gov.ps/tashreaat/law130.htm انظر قرار رقم 20 لسنة 1998 صدر في مدينة غزة 1998/5/20. www.courts.gov.ps/atemplate.asp

(2) www.courts.gov.ps/atemplate.asp

الفصل الأول

القسمة الرضائية ماهيتها وحالاتها

الفصل الأول

القسمة الرضائية ماهيتها وحالاتها

جاءت بعض نصوص القانون الوضعي والفقه الإسلامي في تعريف القسمة الرضائية غير متطابقة إذ أن هنالك اختلافاً بينها، وعلى ذلك سيكون البحث في هذا الفصل في مبحثين في المبحث الأول ماهية عقد القسمة الرضائية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، وفي الثاني حالات القسمة الرضائية.

المبحث الأول: ماهية عقد القسمة الرضائية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

المطلب الأول: ماهية عقد القسمة الرضائية في القانون الوضعي

من خلال دراسة نصوص القانون الوضعي المتعلقة بماهية عقد القسمة الرضائية ودراسة خصائص عقد البيع نجد أن لهأيضا طبيعة خاصة نجد أن خصائص عقد البيع وعقد القسمة كلاهما تتشابه وتكاد أن تنطبق على بعضها البعض بحيث تكون من جهة بيعا، وقد تنطبق عليها خصائص التحديد فتكون افرازا، وقد تنطبق عليها الخاصيتين فتكون بيع وافراز معا، والقسمة التي نحن بصدد دراستها هي القسمة الرضائية في العقار وليست القسمة القضائية، وادرس في الفرع الأول القسمة بمثابة عقد بيع، وفي الفرع الثاني القسمة بمعنى الإفراز على التوالي.

الفرع الأول: عقد القسمة بمثابة عقد بيع.

البيع في اللغة العربية هو مقابلة شيء بشيء، فمقابلة السلعة بالسلعة تسمى بيعا لغة كمقابلتها للنقد ويقال لاحد المتقابلين مبيع وللأخر ثمن[(1)] .وعرفت المادة 105 من مجلة الأحكام العدلية البيع بانه: (مبادلة مال بمال ويكون منعقدا وغير منعقد) وجاء في المادة 151 من المجلةأيضا في تعريف المبيع "المبيع ما يباع وهو العين التي يتعين في البيع وهو المقصود الاصلي من البيع انما يكون بالاعيان والاثمان وسيلة مبادلة "ومن المعروف أن المشرع الإردني

---

(1) انظر الحريري، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الاربعة، الجزء الثاني، قسم المعاملات، ط6، ص147، نقلا عن قدادة خليل، احمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص19.

قد تاثر بشكل كبير بالفقه الإسلامي وخاصة الفقه الحنفي وكذلك بما ورد في مجلة الأحكام العدلية حينما اعتبرت القسمة بمثابة البيع و/أو مبادلة وافرازا، [1] وجاء في شرح المادة 1116 من مجلة الأحكام العدلية:(وقوله في هذه الفقرة "مبادلة " وعدم قوله بيعا هو لكي يشتمل قسمة المنافع)، حيث تعتبر قسمة المهاياة –وهي قسمة المنافع –حسب نصوص المجلة هي من جهة إفراز ومن جهة مبادلة [2] وقد أخذ المشرع الإردني بهذا الاتجاه فاعتبر القسمة بيعا، في بعض نصوصه وافرازاً في نصوص أخرى. وعرفت المادة 552 مدني اردني المقايضة بانها "مبادلة مال أو حق مالي بعوض من غير النقود، وقد اجرى المشرع الإردني أحكام البيع على أحكام المقايضة[3].

ونصت المادة 485 من القانون المدني المصري على أن " تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء الذي قايض به ومشتريا للشيء الذي قايض عليه " ويدل هذا النص على أن المشرع المصري اخضع أحكام

---

(1) انظر المادة (1116) من مجلة الأحكام العدلية، التي نصت: (القسمة من جهة إفراز ومن جهة مبادلة) . الزحيلي، وهبة، المعاملات المالية المعاصرة،، دار الفكر، الطبعة الأولى، دمشق، سورية، 2002، ص19البيع: "مبادلة مال بمال على وجه مخصوص بالتراضي، تملكا وتمليكا ". . والمادة 465 مدني ارني نصت على أن: "البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض ". و حسب نص المادة 53 مدني اردني في تعريف المال: "هوكل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل".انظر تمييز رقم 87/883/المنشور على الصفحة 955 من المجلة سنة 1990، نقلا عن حجاوي، بسام، المبادىء القانونية المتعلقة بالأموال غير المنقولة التي قررتها محكمة التمييز الاردنية خلال عشرين عاما 1979–1999، ط أولى، 2003.

(2) جاء في شرح المادة 1174من المجلة (..اما إذا كانت المهاياة عبارة عن قسمة المنافع فتكون من وجه مبادلة ومن وجه إفراز –كما هو الحال في قسمة الاعيان –..) ونصت المادة 1178 من المجلة على ما يلي: (المهاياة زمانا نوع من المبادلة فتكون منفعة احد اصحاب الحصص في نوبته مبادلة بمنفعة حصة الأخر في نوبته وعليه فالمهاياة زمانا في حكم الاجارةبناء على ذلك يلزم ذكر المدة وتعيينها في المهاياة زمانا ككذا يوما أو كذا شهرا) .

(3) انظر: هزيم، ربحي محمد احمد، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس–فلسطين، 2007,ص7.

المقايضة لاحكام البيع [1] . وانه من المعلوم أن معاملات البيع في دوائر تسجيل الأراضي تاخذ نفس الأحكام التي تاخذها معاملة المبادلة [2] .

اما المادة (1049) من القانون المدني الإردني فنجد أنها تنصت على ما يلي: (يجري في القسمة خيار الغبن وخيار الاستحقاق وخيار اجازة الفضولي كما يجري في تقسيم الاجناس المختلفة وفي القيميات المتحدة الجنس، خيار الشرط، وخيار الرؤية وخيار العيب. اما المثليات فيجري فيها خيار العيب دون خيار الرؤية والشرط) . وحيث أن المشرع الإردني قد اعطى للمتقاسم الخيارات التي اجريت على عقد البيع فانه يفهم من ذلك أنه اعتبر عقد القسمة الرضائية بمثابة عقد البيع حيث اجرى على عقد القسمة خيار الغبن والاستحقاق والشرط والرؤية والعيب[3]، وهي ذات الخيارات التي نص عليها المشرع بانها تجري على عقد البيع أيضا.

---

(1) انظر كامل، رمضان جمال، المشكلات العملية التي يثيرها عقد البيع العرفي، دار الالفي لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا، الطبعة الثالثة، 1998، ص176.تنص المادة 556 من القانون المدني الأردني على " تسري أحكام البيع المطلق على المقايضة فيما لا يتعارض مع طبيعتها ".انظر المومني، علا محمد عبد العزيز، أثر قسمة العقار الشائع في القانون المدني الاردني:دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، 2002–2003، جامعة ال البيت ص23–26. انظر سلطان انور، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، ص 106 مرجع سابق

(2) عناني، بدر عبد الرزاق، قوانين الاراضي، القانون العثماني، أحكام الاراضي، القانون الاردني، معاملات الاراضي، (معاملات الأراضي ص 1وص16.انظر المادة (3) فقرة ج من نظام تسجيل الأراضي لسنة 1953:"على أن الطريقة المتبعة في المبادلة هي نفسها المتبعة في البيوع ". انظر الغرايبة، علي مفلح، موجز في اعمال التسوية والمساحة واجراءات تسجيل معاملات الاراضي، طباعة مديرية الحاسوب الالي، 1991/1/1، ص 16.

(3) وهي الخيارات التي نصت عليها المواد 1153و1154 من مجلة الحكام العدلية. انظر ابو البصل، عبد الناصر موسى، دراسات في فقه القانون المدني، النظرية العامة للعقد، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، طبعة أولى 1999، ص248–265.انظر السنهوري، عبد الرزاق احمد، الوسيطفي شرح القانون المدني ج4، مجلد اول، البيع، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، 1960ص117.

- المقصود بهذه الخيارات:

أ- خيار العيب: هو حق العاقد في أن يفسخ العقد أو يمضيه إذا وجد عيبا في المعقود عليه توافرت فيه شروط معينة.

ب- خيار الرؤية: هو حق المتعاقد المتصرف له الذي لم ير المعقود عليه في أن يراه خلال المدة المتفق عليها فيجيز العقد أو يفسخه.

ت- خيار الشرط: هو الخيار الذي يشترطه احد المتعاقدين أو كلاهما ويكون لمن له الخيار الحق في نقض العقد خلال المدة المعينة، فان لم ينقضه رسخ.

انظر المواد من 177الى 198 من القانون المدني الاردني. انظر الزحيلي، وهبة، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص 26–28.

- السرحان، عدنان ابراهيم، وخاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني الأردني –مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) –دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة أولى،، 2000، ص:228–240، .

ولتحديد ما إذا كانت القسمة بيعا أو افرازا يقتضي ثبوت احدهما وانتفاء الاخر.فـإذا ثبـت أن القسمة بيع وانتفى الإفراز كانت بيعا والعكس صحيح.الا أن هذا لا ينفي بالضـرورة أن تكـون القسمة بيعا وافرازا معا. وتنص المادة (3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه حيـث جـاء فيه: (في الاماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع والمبادلة والمقاسمة في الارض أو المـاء صحيحا إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل) . بمعنى أن المشرع الإردني اعتبـر البيع بمثابة المبادلة والقسمة وباعتبارها من التصرفات الناقلة للملكية، وان وضع هـذه العقـود بمادة واحدة يدل على أن ما ينطبق على احدها من أحكام ينطبق على الاخرى مـن احكـام[1]. والامر العسكري [2] نص على التصرفات التي تقع على العقار امام دائرة التسجيل والرسوم التي تستوفى على كل معاملة ومنها البيع والتفويض والمبادلة والهبة والانتقـال بـالارث والتخـارج والوصية والافراز بين الشركاء، ويتبين أن من بين هذه التصرفات هي البيع والمبادلة والافراز.

وحتى نستطيع بيان موقف المشرع الفلسطيني والاردني والمصري من مسالة تكييف عقد القسمة بانها إفراز أو بيع أو بيع وافراز معا، فان ذلك يقتضي تطبيق بعـض مـن خصـائص واوصاف عقد البيع على عقد القسمة والاحكام التي تنظم هذا العقد من ناحية عمليـة، فـإذا مـا انطبقت عليه هذه الأحكام والخصائص فان احد خاصيات عقد القسمة تعتبر بمثابة عقد البيع والا لا تكون كذلك. ذلك أن دراسة طبيعة أي نظام قانوني تنحصر في بيان خصائصه التـي تسـمح بتحديد موضعه من طوائف النظم القانونية المعروفة، وخاصة تلك التـي يشـترك معهـا فـي الخصائص والقواعد العامة.

وبهذا الصدد فإن معرفة الخصائص المميزة لنظام قانوني معين يمكن استخلاصها مـن الأحكام العملية المنظمة له وخصائص عقد البيع يمكن استخلاصها من التعريف الذي جـاء بـه

– انظر ابو الرب، يوسف توفيق محمود، أحكام القسمة في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير، أحكام القسمة فـي الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير، مرجع سابق ص 62-63

(1) تنص المادة (21) من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني على ما يلي: "تعنى معاملة التسجيل كـل معاملـة انتقـال بالإرث أو معاملة تصرف بالبيع أو الهبة أو الرهن أو المبادلة أو الإفراز أو إنشاء الوقف أو الإيجار لمدة تتجـاوز ثـلاث سنوات أي تصرف أخر في الأموال غير المنقولة وأية معاملة يقتضي تسجيلها بقوة القانون أو بأمر المحكمة.

(2) الاوامر الخاصة برسوم تسجيل الأراضي والامر رقم 858 امر بشان تعديل قانون رسوم تسجيل الأراضي (تعـديل رقم (9)، العدد 48 سنة 1982، ص705.

المشرع في المادة 418 من القانون المدني المصري والمادة 386 مدني سوري على ما يلي "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا أخر في مقابل ثمن نقدي". وجاء في قرار محكمة النقض المصرية أن القواعد التي تحكم ضمان البائع هي التي تحكم ضمان المتقاسم [1] وجاء في المادة 555 من التقنين المختلط المصري والتي تنص على أن: (القسمة منشئة كالبيع) [2] أي بمعنى أن خصائص عقد البيع والتي يمتاز بها قد تنطبق على الخصائص والقواعد التي تحكم عقد القسمة ويمكن استخلاص خصائص اخرى مميزة لعقد البيع من المادة (465) من القانون المدني الإردني والتي تنص على أن البيع:(تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض وهي: " عقد رضائي، عقد معاوضة، عقد ناقل للملكية، عقد محدد القيمة، عقد ملزم للجانبين، عقد شكلي".[3]) . وبهذا التعريف يظهر اهم اثرمن اثار البيع و هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري مقابل التزام المشتري بدفع عوض للبائع. للتاكيد على ما ذكرت سابقا وبتمحيص المادة 3/16 من قانون تسوية الأراضي والمياه الإردني وتعديلاته فان المادة قد ساوت من حيث أحكام التصرفات في (البيع والمبادلة والافراز والمقاسمة) مما يفيد على أن هذه المعاملات تاخذ حكما واحدا وهو معنى البيع.و من البعض [4] يعرف البيع بانه " عقد ينقل من البائع إلى المشتري حقا ماليا غير ملكية مبلغ من النقود مقابل ثمن نقدي ".ومنهم من يقول: "ان

---

(1) قدادة، خليل احمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، العقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، دراسة مقارنة، طبعة ثالثة، 2000-1421هـ، ص 24.الحلالشة، عبد الرحمن، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة، ط1، 1998، دار وائل للطباعة والنشر، عمان- الاردن، ص:49-70. حيد، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المادة 261. انظر الطعن رقم 120لسنة 15ق-جلسة1949/10/10، عبد التواب، معوض، جزء رابع، مرجع سابق، ص 295، وينص على " القواعد التي تحكم ضمان البائع هي التي تحكم ضمان المتقاسم وعلى ذلك فالمتقاسم الذي يعلم وقت القسمة أن ما اختص به فيها مهدد بخط الاستحقاق لسبب احيط به علما من طريق من تقاسم معه أو من أي طريق أخر لا يسوغ له في حالة الاستحقاق أن يرجع على قسيمه إلا بقيمة ما استحق وقت القسمة لأن تعيين قيمة الأموال المستحقة في عقد القسمة يقابل تعيين الثمن في عقد البيع، والمقرر في أحكام عقد البيع على ما يستفاد من نص المادة 265 من القانون المدني أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشتري عالما وقت الشراء بسبب الاستحقاق وانه مع هذا العلم لا حاجة إلى شرط عدم الضمان ليمتنع على المشتري الرجوع على البائع باي تعويض في حالى الاستحقاق ". انظر عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (1)، جامعة الدول العربية، ص39.

(2) القانون المدني المصري، مجموعة الاعمال التحضيرية، الجزء السادس، الحقوق العينية، من المادة802-1029، مطبعة دار الكتب العربي، ص128.

(3) الحكيم جاك، يوسف، العقود الشائعة عقد البيع، مرجع سابق، ص22. انظر: هزيم، ربحي: مرجع سابق، ص11.

(4) الحكيم، جاك يوسف، العقود الشائعة والمسماة، عقد البيع، 1988، ص19.

البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة وان حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الاخذ والعطاء وانما قول البيع والشراء دليل عليهما "[1].

وورد في المادة 369 من مجلة الأحكام العدلية "أن حكم البيع المنعقد الملكية، يعني صيرورة المشترى مالكاً للمبيع، البائع مالكاً للثمن" وورد في المادة 74 من مرشد الحيران بأنه: "ينتقل ملك العين المبيعة للمشتري بمجرد حصول عقد المعاوضة ووقوعه صحيحاً باتاً نافذاً لازماً سواء كان عقاراً أم منقولاً"[2].

ولمعرفة مدى انطباق هذه الخصائص [3] على القسمة وملائمتها لها، سابحث بشكل مختصر كل خاصية أتناول البحث بها وفق التقسيم الآتي:

أولاً: القسمة عقد معاوضة

لقد عرفت المادة (418) من القانون المدني المصري عقد البيع بأنه: "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل ملكية شيء أو حقا ماليا أخر في مقابل ثمن نقدي ". جاءت المادة لتبين أن الثمن هو النقد.ونجد في كتاب الحاوي للماوردي ضمن (كتاب الزكاة) أن (المبادلة) بانها مبايعة الشيء بمثله وعرف (المناقلة) بانها مبايعة الارض بارض مثلها. [4]

ابتداءً أن الخاصية الأولى التي يمتاز بها عقد البيع أنه يعد من عقود المعاوضة، وفي عقد المعاوضة تسري القاعدة العامة وهي أن مجرد التراضي يكفي لانعقاد العقد[5] وفي هذا

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع 2985/6، نقلا عن القره داغي، علي محيي الدين علي، مبدا الرضائية في العقود، مرجع سابق

(2) الدحدوح، سالم حماد:رسالة دكتوراة, مرجع سابق، ص31.

(3) انظر بحث بعنوان الشكلية في عقد البيع، www.majalisna.com أن من خصائص عقد البيع " ـــ أنه 1- عقد رضائي2 – أنه عقد معاوضة3-أنه عقد محدد القيمة 4-أنه عقد ملزم للجانبين 5-نه عقد ناقل للملكية5- نه عقد فوري التنفيذ.

(4) المصري، رفيق يونس، ندوة بعنوان، ندوة حوار الاربعاء، مركزابحاث الاقتصاد الاسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، كلية الاقتصاد والادارة، www.islsmicinter.kau.edu.as/Arabic/hewar_arbeaala. الدحدوح,سالم,رسالة دكتوراة ,ص31,مرجع سابق .

(5) سوار، محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، ص48، مرجع سابق. هزيم، ربحي:رسالة ماجستير, مرجع سابق، ص14.

العقد يحصل كل من المتعاقدين على مقابل لما دفعه فغالبا ما يتم في عقد البيع أن يقـدم البـائع المبيع ويحصل على مقابل له وهو الثمن، والمشتري يحصل مقابل ما دفعه للبائع وهو الشيء أو الحق المبيع.فيكون كل من الطرفين في عقد البيع قد أخذ مقابل ما اعطى.وعنـد مقارنـة هـذه الخاصية لعقد البيع على عقد القسمة سننظرهل تنطبق عليها هذه الخصائص أم لا وعلى أثر ذلك نحدد إذا كانت تعتبر القسمة من عقود المعاوضة أم لا. [1]

بالنظر إلى ما يعطي الشريك المتقاسم الأول إلى الشريك الأخر لقاء ما اعطاه الشريك المتقاسم الاخير والعكس صحيح، فانه والحالة هذه فان الذي يحصل عند قسمة العقار المشاع، هو إفراز حق كل شريك على حدة، ولا يكون هذا الإفراز إلا بمبادلة الانصبة الشائعة بين الشـركاء في العقار المشترك، ذلك أن كل شريك في العقار الشائع يكون مالكا في كل ذرة من ذرات المال الشائع بنسبة معينة[2] .

وباجراء القسمة ومن خلال هذا الإفراز فان عملية المبادلة تتم بين الاجزاء الشائعة التي يملكها الشركاء جميعا، بحيث ينزل كل متقاسم لغيره عما كان له في الاجزاء التي وقعـت فـي أنصبائهم، في مقابل أن يتنازل له كل منهم عما كان لهم فيما وقع في نصـيبه.ونـص القضـاء المصري على ما يلي:[3] " عقد القسمة من العقود التبادلية التي تتقابل فيهـا الحقـوق، ومـن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ومن ثم فإذا كان احد اطرافها قاصـرا فـان عقـد القسمة يكون قابلا للابطال لمصلحته ويزول حق التمسك بالابطال باجازته التصرف بعد بلوغـه

---

(1) قدادة، خليل احمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، العقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، دراسة مقارنة، طبعة ثانية منحقة، 2000، ص24.انظر السنهوري.الوسيط، الجزء الأول، طبعة ثانيـة، 1964، ص174.انظـر المادة 261من المجلة وتنص على(يشترط في انعقاد البيع صدور ركنه من اهله أي العاقل المميز واضافته إلى محل قابـل لحكمه) انظر المومني، علا محمد عبد العزيز، اثرقسمة العقار في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة، جامعة ال البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، رسالة ماجستير، 2002-2003، ص17

(2) انظر الناهي، صلاح الدين عبد اللطيف، الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية، والمملكة الاردنية الهاشمية والكويت، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، ص37. انظر المـادة (1030) مـن القانون المدني الأردني ومذكراته الايضاحية، ج2، ص:651، لتقول:(.. ويتضح من عبارة المادة أن الحصة التي يملكهـا الشريك في الشيوع تكون شائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالذات..) . قدادة، خليل احمد حسن، الـوجيز فـي شرح القانون المدني الفلسطيني، مرجع سابق، ص20.

(3) الطعن رقم 449 لسنة26ق- جلسة 1962/5/3س13ص596، عبد التواب، معوض.التعليق على نصـوص القـانون المدني، الجزء الرابع، ص300.

سن الرشد " ولمعرفة ماهية المبيع، فانه ومن تعريف البيع، نجد أن محل التزام البائع في عقد البيع وفقا للقانون المدني المصري وللمجلة العدلية وللتشريع المدني الإردني يمكن أن يكون مالا أو حقا ماليا[1] .

اما المادة (53) من القانون المدني الإردني فقد عرفت المال بانه (كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل)، وان المشرع المصري بقوله في المادة 418 (..ان ينقل للمشتري شيئاً أو حقا ماليا اخر..) فان هذا العقار يدخل تحت مفهوم هذا الشيء، وعلى ذلك فان العقار المشترك بين الشركاء الذي يكونون ملاكا له على الشيوع هو من قبيل المال الذي يصلح أن يكون محلا لالتزام البائع في عقد البيع. مع العلم أن التقنين المدني المصري القديم جاء في تعريف البيع بانه: (البيع عقد يلتزم به احد المتعاقدين نقل ملكية شيء للأخر في مقابل التزام ذلك الأخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما)، ومن هنا نرى أن الفرق ما بين التقنين القديم والقانون المدني الجديد هو أن القانون المدني الجديد قد بين أن المقابل في عقد البيع هو الثمن (النقدي) بعد أن كان المقابل (ثمنا) دون تحديد لهذا الثمن فيما إذا كان الثمن نقديا أم لا[2] مما يؤكد على أن النص القديم كان يحمل مفهوم المبادلة، وعليه فان العقار المملوك بين الشركاء على الشيوع، والذي تضمن قسمته بين الشركاء حصول مبادلة بين الانصبة الشائعة لهم بحيث يكون كل منهم بائعا لما كان له من نصيب شائع وقع فيما اختص به غيره بعوض هو ما كان لغيره فيما وقع في نصيبه. وان هذا العقار الشائع الذي اصبح بهذه المبادلة محلا لعقد بيع، تنطبق عليه الشروط التي تطلب المشرع توافرها في محل الالتزام بصورة عامة[3] . وفي محل عقد البيع بصورة خاصة،

---

(1) انظر لمادة 64 من المشروع الفلسطيني " كل شيءلا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية ".انظر المادة (54) من القانون المدني الأردني في تعريفها للحق المالي بانه: (الحق الذي يصح أن يكون محله كل شيء يمكن حيازته ماديا أو معنويا والانتفاع به انتفاعا مشروعا ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون)

(2) انظر السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، جزء 4، مجلد 1، البيع، مرجع سابق، ص20.

(3) انظر الناهي، صلاح الدين عبد اللطيف، الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية، والمملكة الاردنية الهاشميةوالكويت، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، ص38.السرحان، عدنان ابراهيم و خاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني الاردني، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص:165-182.انظر المومني، علا محمد عبد العزيز، أثر قسمة العقار الشائع في القانون المدني الاردني:دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، 2002-2003، جامعة ال البيت ص17.

وان عقد القسمة معلوم المحل وله شروطه والتي يمكن أن تنطبق على محل عقد القسمة، وهـي وجوب أن يكون المبيع:

أ:مالا متقوما[1] . وجاء في شرح المادة 261 من المجلة العدلية أن يكون البدلان مالا متقوما

ب:ممكنا[2] .

ج: موجودا ورتب المشرع المصري والاردني والفلسطيني والمجلة البطلان في حالة عدم تحقق هذا الشرط في المبيع [3] .

د:قابلا لحكم العقد[4]

---

(1) المادة 130 من المشروع الفلسطيني وتطابقها المادة 133 مدني مصري على:" 1- إذا لم يكن محل الالتـزام معينـا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلا 2- يكفي أن يكون المحل معينا بنوعه إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ".ونصت المادة (158) مدني اردني على أن:" 1- في التصرفات المالية يشترط أن يكون المحل مالاً متقوما.2-ويصح أن يكون عينا أو منفعة أو أي حق مالي أخر كما يصح أن يكون عملا أو امتنـاع عـن عمـل ".، وكذلك المادة (199) من مجلة الأحكام العدلية. انظر الزحيلي، وهبة، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر المعاصـر، بيروت –لبنان، طبعة أولى، 2002، ص 20-23. قدادة، خليل احمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسـطيني، العقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، ص193وما بعدها، مرجع سابق. انظر المومني، علا محمد عبد العزيـز، أثـر قسمة العقار الشائع في القانون المدني الاردني:دراسة مقارنـة، رسـالة ماجسـتير، 2002-2003، جامعـة ال البيـت صص20-22. انظر سلطان انور، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، ص 106 مرجع سابق.

(2) نصت المادة من المشروع المدني الفلسطيني على: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته وقت العقد كان العقد باطلا " ونصت المادة(159) مدني اردني:(إذا كان المحل مستحيلا في ذاته وقت العقد كان العقد بـاطلا) .مطابقـةللمادة 132 مدني مصري، انظر المادة 198و209 من المجلة العدلية.انظر سلطان انور، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، ص 96-100 مرجع سابق.

(3) نصت المادة 197 من المجلة على ما ياتي:"يلزم أن يكون المبيع موجودا" و نصت المادة 134 من المشروع المـدني الفلسطيني وتطابقها المادة 131 مدني مصري على: " 1- يجوز أن يكون محل الالتزام شـيئا مسـتقبلا مؤكـد الوجـود ".ونصت المادة (1/160) من القانون المدني الاردني: (يجوز أن يكون محلا للمعاوضات المالية الشـيء المسـتقبل إذا انتفى الغرر) . وشرط الوجود يختلف عن شرط الامكان، وذلك أن الشيء قد يكون موجودا إلا أنه لا يمكن التعامل به، بل ويستحيل التصرف فيه وبيعه (كالاملاك العامة مثلا أو مخالفته للاداب العامة)، انظر في هذا، عدنان السـرحان ونـوري خاطر، شرح القانون المدني الاردني، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص:168-171. انظـر سـلطان انـور، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، ص96-100 مرجع سابق. انظر سوار، محمد وحيد الدين، شـرح القـانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، ص125، مرجع سابق.

(4) انظر المادة (163) من القانون المدني الاردني: (يشترط أن يكون المحل قابلا لحكم العقد)، والمقصود بحكم العقد هو الاثار التي تترتب على العقد.انظر الطعن السابق رقم 449 لسنة 26ق- جلسة 1962/5/3س13ص596، عبـد التـواب، معوض. التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الرابع، ص300

- الزعبي، محمد، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الاردني، مرجع سابق، ص: 154-157.

هـ:معلوما[1] .

ومن هنا نرى أن الشروط التي يتطلبها المشرع توافرها في محل الالتزام وخاصة في محل عقد البيع تنطبق على العقار الشائع المملوك بين الشركاء والذي يصبح بعملية المبادلة بين الانصبة الشائعة محلا لعقد البيع بمعنى أن عقد القسمة من العقود التبادلية. [2]

ثانياً: القسمة عقد محدد القيمة.

يكون عقد البيع محدد القيمة وذلك بتحديد الالتزمات التي تقع على عاتق كل من المتعاقدين عند تمام العقد بحيث يستطيع كل من المتبايعين أن يحدد مقدار ما سيبذله من ثمن ومقدار ما سياخذه من مقابل، بمعنى أن هناك حقوق متقابلة لكل متقاسم إذا ما نظرنا كل على حدة [3] .

وسواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أو لا يعادله ما دامت قيمة المبيع ومقدار الثمن يمكن تحديدهما وقت البيع.وعند تطبيق هذه الخاصية على قسمة العقار الشائع فان كلاً من المتقاسمين يستطيع أن يحدد الالتزامات التي تقع على متقاسم وذلك بتحديد مقدار وقيمة ما سياخذه ومقدار وقيمة ما سيعطيه، حيث أن قسمة العقار هي عملية مبادلة بين حصص الشركاء، بحيث يعد كل منهم بائعا لما كان له ووقع في نصيب غيره لقاء عوض وهذا العوض هو ما كان لغيره فيما وقع في نصيبه، أي يعتبر كل من المتقاسمين عند قسمة العقار الشائع بائعا ومشتريا في الوقت ذاته، وبذلك فان القسمة والحالة هذه يصح وصفها بانها عقد محدد القيمة لتشترك مع عقد البيع في هذه الخاصية من كونه عقدا محدد القيمةأيضا. [4]

---

(1) تنص المادة (466) من القانون المدني الأردني على أن:" يشترط أن يكون المبيع معلوما عند المشتري، علما نافيا للجهالة الفاحش" 2- ويكون المبيع معلوما عند المشتري ببيان احواله واوصافه المميزة له و إذا ما كان حاضرا تكفي الاشارة اليه ". انظر للمادة 201 من المجلة العدلية. انظر المادة 419 من القانون المدني المصري.

(2) انظر الطعن السابق رقم 449 لسنة 26 ق-جلسة 1962/5/3س13ص596، عبد التواب، معوض.التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الرابع، ص300.

(3) السنهوري، الوسيط، جزء 1، ط2، 1964، ص176.الزعبي، محمد، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الاردني، مرجع سابق، ص:21.

(4) انظر المومني، علا محمد عبد العزيز، أثر قسمة العقار الشائع في القانون المدني الاردني:دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، 2002-2003، جامعة ال البيت ص 29

ثالثاً: القسمة عقد ملزم للجانبين

العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشىء على عاتق عاقديه عند ابرامه التزامات متقابلة في ذمة البائع والمشتري بحيث لا يمكن لاحدهما أن يتحلل منها بتصرفه بشكل منفرد. والظاهرة الجوهرية في العقد الملزم للجانبين هو هذا التقابل القائم ما بين التزامات احد الطرفين والتزامات الطرف الاخر (1).

وكما هو معروف فإن عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين، إذ أنه ينشىء التزامات متقابلة في ذمة البائع والمشتري، بحيث يصبح كل منهما دائنا في ناحية ومدينا في ناحية اخرى(2) فالبائع مدين بنقل ملكية المبيع وتسليمه مع ضمان العيوب الخفية التي في المبيع وضمان التعرض والاستحقاق الذي يقع ضد المشتري، ودائن بالثمن. والمشتري مدين بدفع الثمن ودفع نفقات العقد.ودائن بتسلم المبيع. وهذه الخاصية التي يمتاز بها عقد البيع والتي يتميز بها عن بعض العقود الاخرى التي تنشىء التزامات في ذمة احد المتعاقدين دون الاخر، بحيث يكون احدهما مدينا غير دائن، والأخر دائنا غير مدين(3) . وهذه الخاصية تمتاز بها قسمة العقار الشائع بين الشركاءأيضا، وبيان ذلك أن قسمة العقار الشائع بين الشركاء في الملك المشترك بما تتضمنه من عملية مبادلة بين انصبة الشركاء، تستتبع بالضرورة أن يكون كل واحد من الشركاء دائنا ومدينا في ذات الوقت. فكل شريك في العقار الشائع يكون مدينا بتقديم ما يملكه فيما وقع في نصيب غيره إلى هذا الغير من الشركاء، ودائنا بتسلم أو بتلقي ما يملكه غيره من الشركاء فيما

---

(1) قدادة، خليل احمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، ص24، مرجع سابق. اانظر السنهوري، ج1، مرجع سابقص 170.انظر الزحيلي، وهبة، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص 25. السرحان، عدنان وخاطر، نوري، شرح القانون المدني الأردني –مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص:36. معنى لزوم القسمة: "أي اعتبارها ملزمة لكل واحد من الشركاء المقتسمين بحيث لا يستطيع أي منهم الرجوع عنها إلا بالاقالة أو التراضي".انظر، سوار محمد وحيد الدين،، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام –1–، المصادر الارادية، العقد والارادةالمنفردة، دمشق، المزرعة، 1976، ص 43وص141، مرجع سابق. هزيم، ربحي: رسالة ماجستير ,مرجع سابق، ص15.

–انظر ابو الرب، يوسف توفيق محمود، أحكام القسمة في الشريعة، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص 66

(2) سلطان، انور، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت 1976، ص:25.انظر الدحدوح ,سالم حماد ,رسالة ماجستير,ص31,مرجع سابق

(3) ومثال هذا النوع من العقود: عقد الهبة وعقد الوديعة وعقد العارية وعقد الكفالة. انظر عبد المنعم فرج الصدة. محاضرات في القانون المدني، مرجع سابق، ص 34.

وقع في نصيبه.وتاسيسا على ذلك، فان القسمة تشترك مع عقد البيع فيما يمتاز به من كونه عقدا ملزما للجانبين، وبتطابق خصائص عقد البيع على عقد القسمة فانه يرتب كافة أثاره الشخصية بين المتعاقدين والتي من ضمنها لجوء المتقاسم إلى القضاء في حالة نكوث شريكه المتقاسم عن تنفيذ ما التزم به [1].

رابعاً: القسمة عقد ناقل للملكية

اضافة إلى أن للقسمة أثر كاشف كما سنرى لاحقا من هذه الرسالة عند دراسة الاثار، فان الالية التي تتم بها القسمة هي عبارة عن عملية مبادلة بين انصبة الشركاء الشائعة، بحيث ينقل كل متقاسم لغيره من المتقاسمين الاخرين ملكية ما كان له فيما وقع في نصيب غيره، في مقابل أن ينقل له غيره من الشركاء ملكية ما كان لكل واحد منهم فيما وقع في نصيبه، فان عملية المبادلة هذه تجعل من القسمة عقدا ناقلا للملكية بشرط التسجيل. ذلك أن هذه المبادلة بين انصبة الشركاء الشائعة ليست إلا احدى صور عقد البيع – وهي من اهم ما يمتاز به بانه من العقود الناقلة للملكية – حيث يكون فيها كل شريك بائعا ومشتريا في أن واحد، وتنص المادة 485 من القانون المدني الإردني على ما ياتي:"1- تنتقل ملكية المبيع بمجرد قيام البيع إلى المشتري ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك ". ويضيف البعض أن عقد البيع ناقل للملكية بطبيعته دون حاجة إلى اتخاذ اجراء ما كالتسجيل (الاشهار العقاري) ويتفق في هذه الخاصة الفقه الإسلامي والقانون المدني الفرنسي بالنسبة للمنقولات والعقارات عل السواء وانما يتميز القانون المدني الفرنسي في أن الأثر الناقل لعقد البيع ينحصر في العقارات بين المتعاقدين، اما بالنسبة للغير فلا يجوز الاحتجاج بنقل الملكية إلا من وقت اتخاذ اجراءات التسجيل [2] .. ويترتب على ذلك أن الملكية الشائعة والذي اختص كل متقاسم بجزء منها تنتقل لكل شريك بحصته التي آلت

---

(1) انظرقدادة، خليل احمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، العقود المسماة مرجع سابق، ص27.انظر انظر الدحدوح، سالم حماد، الطبيعة القانونية للتسجيل واثر تخلفه في البيع العقاري، مرجع سابق، ص542. انظرعبد التواب، معوض، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، جزء 4، الطعن رقم 98لسنة 22ق- جلسة1955/3/17.مرجع سابق، صفحة 298، "عقد القسمة النهائية الذي يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلا لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يعتبر ملزما كل من وقعه ولا يجوز لاحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف احد الشركاء عن التوقيع بل يظل العقد قائما وللشريك الذي لم يوقعه أن يقره متى شاء". المومني، علا محمد عبد العزيز، أثر قسمة العقار الشائع في القانون المدني الاردني:دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، 2002-2003، جامعة ال البيت ص 30، مرجع سابق.

(2) انظرقدادة، خليل احمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، العقود المسماة مرجع سابق، ص28.

لكل شريك من حصصهم المشاعية والذي كان لكل منهم حق ملكية شائعة على كل ذرة في ذلـــك الجزء. مما يجعل من القسمة بما تتضمنه من عملية مبادلة بين الانصبة الشـــائعة عقـــدا نـــاقلا للملكية[1] .

خامساً: القسمة عقد شكلي

الاصل في العقود بصورة عامة الرضائية، فبمجرد ارتباط الايجاب بالقبول ينعقد العقد ما لم يقرر القانون أو الاتفاق شروطا اخرى لانعقاده كالشكل أو القبض[2] .

وعقد البيع من العقود الرضائية التي يكفي فيها ارتباط القبول بالايجاب حتى ينشا العقـــد، ولا يستلزم القانون وفقه الشريعة الاسلامية لقيامه شرطا اخر، إذ يكفي لتمامه أن يقوم الطرفـــان

---

(1) نقض جلسة 1960/4/21، س11، ص324، عبد التواب، معوض، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، مرجع سابق، ج4، ص305:" اوجبت المادة الأولى من القانون رقم 18لسنة 1923تسجيل جميع العقود التـــي مـــن شـــانها انشاء حق ملكية أو حق عيني أخر أو نقله أو تغييره، ومؤدى ذلك أن حق الملكية لا ينتقل من البـــائع إلـــى المشـــتري إلا بالتسجيل والى أن يتم هذا التسجيل يبقى البائع مالكا للعقار، ويكون بالتالي هو الخصم في كل دعوى تتعلق بالعقار، ولمـــا كان الخصم في دعوى القسمة هو الشريك المالك عملا بالمادة 452 مدني "قديم " التي تحكم النزاع وكان يبين من الوقـــائع التي اثبتها الحكم المطعون فيه أن دعوى القسمة رفعت من الطاعنين على المطعون عليه الثاني الذي كان مالكـــا للعقـــار والشريك الواجب اختصامه، وكان مجرد شراء المطعون عليه الأول لحصة المطعون عليه الثاني الارثية في هـــذا العقـــار وقيامه بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا يترتب عليه نقل الملكية، إذ الملكية لا تنتقل إلا بتسجيل الحكم الصادر فـــي الدعوى، فان الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر يكون قد اخطا في القانون بما يستوجب نقضه". هزيم، ربحي:رســـالة ماجستير مرجع سابق، ص16-17.

(2) انظر السنهوري، الوسيط، جزء1، ص163. نصت المادة 74 من المشروع المدني الفلسطيني على: " ينعقـــد العقـــد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك اوضاعا معينة لانعقـــاده " وكـــذلك المادة 90 من المشروع المدني الفلسطيني. انظر ا الصدة، عبد المنعم فرج، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (1)، التراضي، جامعة الدول العربية. انظر: الدحدوح، سالم حماد، الطبيعة القانونية للتســـجيل واثـــر تخلفه في البيع العقاري، مرجع سابق، ص267. يستفاد هذا من نص المادة (90) من القانون المدني الأردني الذي يقرر: (ينعقد العقد بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد) . كمـــا يستفادأيضا من نص المادة (1/199) من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها: (يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء أخر – ما لم ينص القانون على غير ذلك) .انظـــر المـــادة 123 مـــن القانون المدني المصري. انظر الطعن رقم 194لسنة 30 ق – جلسة 1966/2/24 س17 ص 412، عبد التواب، معوض، جزء 4، مرجع سابق، ص 301 " القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ومن ثم تخضع للقواعد العامة فلا يجـــوز اثباتهـــا إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها إذا زادت قيمة المال المقسوم على عشرة جنيهات ".

بالتعبير عن ارادتيهما تعبيرا صريحا أو ضمنيا حتى يقوم العقد[1] . مع الاخذ بعين الاعتبار أنه في بعض البيوع ينبغي اضافة شرط شكلي، كذلك فان مبدا رضائية عقد البيع ليس مطلقا في القانون المدني المصري والاردني والمشروع المدني الفلسطيني، بل يدخل عليه استثناءات قانونية يهمنا منها في هذا الصدد الاستثناءات الواردة على الرضائية في نقل الملكية العقارية، فالبيوع العقارية الواردة على العقارات التي تمت فيها التسوية، تعد عقودا شكلية لا تنعقد إلا بتسجيلها في السجل الخاص بدائرة تسجيل الأراضي التي يقع العقار ضمن دائرة اختصاصها. والشكلية المتطلبة في هذه الحالات وهي التسجيل تعد ركن انعقاد وليست وسيلة اثبات بحيث إذا لم تراع هذه الشكلية كان العقد باطلا وليست له أي قيمة قانونية[2].

ولكن كما ذكرنا أن التسجيل لدى دائرة المالية (ضريبة الاملاك) تعد قرينة على الملكية في الأموال غير المنقولة بحيث تعتبر سجلات دائرة المالية (اخراجات القيد) المسجل فيها اسم الشريك المتقاسم والذي اختص بقسيمة ارض _حصة مفرزة _ قرينة على الملكية إذا اثبت أنه قد تصرف بها مدة مرور الزمن [3]، والمقصود أن هذه القرينة قابلة لاثبات العكس، وهو ما لا ينطبق على سندات تسجيل الأراضي التي تمت فيها اعمال التسوية حيث يعفى حامل السند من اثبات ما فيه. بمعنى إذا تمت القسمة أو البيع في عقار وتصرف المشتري أو المتقاسم في الحصة التي آلت اليه فان هذا التصرف لا يرتب أثرا إذا لم يتم تسجيل البيع أو القسمة لدى دائرة التسجبل.وبهذا فانه قد ينطبق عقد القسمة مع بعض عقود البيع التي تتطلب ركنا شكليا لانعقادها ويظهر هذا الامر بوضوح من نص المادة (3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه حيث جاء فيه: (في الاماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع والمبادلة والمقاسمة في

---

(1) الزعبي، محمد، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الاردني، مرجع سابق، ص:19. وكذلك: سلطان، انور، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1976، ص:25. وكذلك عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (1)، التراضي، ص29، مرجع سابق.انظرالدحدوح، سالم حماد، الطبيعة القانونية للتسجيل واثر تخلفه في البيع العقاري، مرجع سابق، ص77.

(2) الدحدوح، سالم حماد: مرجع سابق، ص412.

(3) نقد مدني 2003/31، قرار رقم 7، تاريخ 2003/12/10، مجموعة الأحكام القضائية والمبادىءالقانونية ج اول، ص502، مرجع سابق، ".

الارض أو الماء صحيحا إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل) . وهو ما اكدتهأيضا قرارت محكمة التمييز الاردنية وقرارات محكمة النقض المصرية والفلسطينية[1] .

وان كان الفقهاء المصريون يفرقون ما إذا كانت هذه القسمة حجة ما بين المتقاسمين انفسهم أو مابين المتقاسمين والغير[2] .

الفرع الثاني: القسمة الرضائية بمعنى الإفراز

بعد دراسة مدى انطباق خصائص عقد البيع على عقد القسمة من حيث تحقق الخاصية الأولى لعقد القسمة وهي وجود المبادلة –البيع- فيما بين الشركاء في حصص كل واحد منهم تجاه الأخر فانني اتطرق إلى معنى الإفراز.

الإفراز هو تمييز الحقوق عن بعضها البعض وتعيينها بشكل منفصل بحيث تعين كل حصة مستقلة عن الحصة الاخرى، ويكون ذلك باخراج حصة من كل العقار الشائع أو عدة عقارات بشكل يستطيع صاحب كل حصة أن ينفرد في التصرف فيها دون باقي المالكين –الشركاء سابقا[3] . وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على أن القسمة ما هي إلا إفراز وتمييز الحصص واستنادا إلى الغرض من قسمة أي مال شائع في انهاء حالة الشيوع، وافراز وتمييز انصبة

---

(1) انظر القرارات السابقة في صفحة (11) من الرسالة. انظرالزعبي، محمد يوسف، قيود سجل الأراضي الأردني نتيجة التسوية، جامعة مؤته، ص1419-1425. " لا تسمع دعوى التجاوز المدنية بين الشركاء على الشيوع ولو تقاسموا ما لم تسجل قسمتهم الرضائية في السجل العقاري"، هيئة عامة رقم 476 / 341 لعام 1998.انظر نقض مدني فلسطيني، 2004/186، قرار رقم 204 تاريخ 2005/1/29، مجموعة الأحكام القضائية والمبادىء القانونية، الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعاوى المدنية، جزء اول، اصدار جمعية القضاة الفلسطينين، طبعة أولى2007.

(2) انظرالدحدوح، سالم حماد، الطبيعة القانونية للتسجيل واثر تخلفه في البيع العقاري، مرجع سابق، ص 542.انظر غانم، اسماعيل، الحقوق العينية الاصلية (الاموال)، ملخص دروس لطلبة السنة الرابعة في العام الدراسي 1953-1954، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، ص 95. انظر النقض رقم203لسنة 61ق جلسة 1993/11/24، عبد التواب، معوض، ج4، مرجع سابق ص320." القسمة غير المسجلة.اثرها. اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الاخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه.عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة ".انظر كامل، رمضان جمال، المشكلات العملية التي يثيرها عقد البيع العرفي، دار الالفي لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا، الطبعة الثالثة، 1998، ص205-206، مرجع سابق.

(3) جاء القرار التمييزي رقم 99/494، صفحة 2398من المجلة، سنة 2000، نقلا عن حجاوي، بسام، المبادىء القانونية، ص39، مرجع سابق، ليبين أن القسمة مبينة للحقوق وكاشفة لها.

الشركاء المشتاعين بعضها عن بعض، فقد ذهب بعض الفقهاء[1] إلى القول أنه يترتب على القسمة اختصاص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته فيه، بعد أن كان له اثناء الشيوع حصة شائعة في كل المال الشائع. وبهذا الصدد ورد نص المادة (1038) من القانون المدني الإردني كما يلي: (القسمة إفراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي) . وهذه تفيد بان القسمة افراز، وهو نفس الحكم الذي جائت به المادة 1114 من المجلة العدلية [2] . ويرى هؤلاء الفقهاء بناءا على ذلك أن القسمة إذا ما وقعت لا تفعل أكثر من تركيز حق كل شريك في جزء مفرز من هذا المال يخلص له دون غيره من الشركاء. فيكون بذلك الأثر الجوهري للقسمة هو الإفراز[3]، وتكون القسمة على هذا النحو عندهم كاشفة لحق الشريك أو مقررة له.

ومع ذلك – وحسب رايي الخاص وخلافا لراي هذا الفريق من الفقهاء مع التقدير – أن ما يترتب على قسمة العقار الشائع من تمييز لحق كل شريك وتعيينه بافرازه. ما هو إلا نتيجة لازمة لعملية مبادلة الانصبة الشائعة بين الشركاء، إذ يتحقق ذلك بمجرد ما تحدثه من نقل الانصبة الشائعة. وكون الإفراز في قسمة العقار الشائع نتيجة لازمة لمبادلة الانصبة الشائعة بين الشركاء فذلك يعود إلى طبيعة حق الشريك في الشيوع، الذي يكون مالكا في كل ذرة من ذرات المال الشائع بنسبة معينة، بحيث لا يمكن إفراز نصيب كل شريك على حدة إلا من خلال عملية المبادلة التي تجري بين انصبة الشركاء والتي ينزل فيها كل شريك لغيره عن كل ما له في بعض الأموال في مقابل أن ينزل له غيره عن كل ما لهم في البعض الاخر، وبتحديد الحقوق التي تقع فيها المبادلة على هذا النحو يترتب الإفراز على المبادلة بالضرورة. وهذا يعنيأيضا أنه بالافراز قد حدد المشاع المعنوي المملوك للشريك الواحد في كل المال الشائع الذي كان مملوكا

---

(1) الدسوقي، محمد بن احمد بن عرفة المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للشيخ ابي البركات سيدي احمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية بيروت، طبعة أولى، 1417-1996، ص251..

(2) انظر المادة (1114) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر، التي نصت: (القسمة هي تعيين الحصة الشائعة، يعني إفراز وتمييز الحصص بعضها عن بعض بمقياس ما كالكيل والوزن والذراع) . المومني، علا محمد عبد العزيز، أثر قسمة العقار الشائع في القانون المدني الاردني:دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، 2002-2003، جامعة ال البيت ص 32، مرجع سابق

(3) الإفراز:هو تمييز الحقوق عن بعضها البعض وتعيينها

للجميع مشاعا في جزء مفرز ماديا، وايضا فان الملكية موجودة للشريك في المال الشائع بحصة مادية، إلا أن هذه الملكية تاخذ شكل أخر في ملكية حصة مفرزة بمعنى أن الملكية الجديدة المفرزة –ان صح التعبير– تختلف عن الملكية القديمة الشائعة –وهذا لا يعني أن المالك على الشيوع لا يستطيع التصرف في ملكه من استعمال واستغلال...– والدليل على ذلك هو أن في السابق كان تصرفه على المشاع دون تحديد للحصة اما بعد الإفراز فان تصرفه يكون على حصته المفرزة فقط وبذلك تحقق وجود ملكية جديدة بالمبادلة (البيع) وافراز من بعد شيوع.

المطلب الثاني: ماهية عقد القسمة الرضائية في الفقه.

لكي نستطيع الوقوف على ماهية القسمة بشكل واسع يجب معرفة التعريف الذي جاء به الفقه في مجلة الأحكام العدلية بشكل رئيس كون نصوصها مستقاة من المذهب الحنفي وناخذ بعض ما جاء على لسان فقهاء الشريعة على سبيل الاستئناس.

المقصود بماهية القسمة في الفقه هو التكييف الفقهي للقسمة فهل تعتبر بمثابة البيع أم أنها إفراز أم تعتبر بيعاً وافرازاً معا أم تعتبر بيعا في بعضها وافرازا في البعض الأخر ؟، وعلى ذلك يكون البحث بهذه المسائل في مطلبين الأول القسمة إفراز ومبادلة والثاني الأراء الفقهية الاخرى حول ماهية عقد القسمة.

الفرع الأول–القسمة إفراز ومبادلة في فقه مجلة الأحكام العدلية:

تنص المادة 1046 من مجلة الأحكام العدلية على ما يلي:

(القسمة بمعنى التقسيم وتعريفها وتفصيلها ياتي في بابها المخصوص) .

وجاء في المادة (1116) من المجلة – (القسمة من جهة إفراز ومن جهة مبادلة.مثلا إذا كانت كيلة حنطة مشتركة بين اثنين مناصفة فيكون لكل منهم النصف في كل حبة منها، فإذا قسمت جميعها إلى قسمين من قبيل قسمة الجمع واعطى احد اقسامها إلى واحد والثاني إلى الأخر يكون كل واحد منهما افرز نصف حصته وبادل بالنصف الأخر شريكه بنصف حصته.كذلك إذا كانت عرصة مشتركة مناصفة بين اثنين فيكون لكل واحد منهما نصف حصة في كل جزء منها فإذا قسمت قسمين قسمة تفريق وأعطى كل واحد منهما قسمة يكون كل واحد منهما قد افرز نصف حصته وبادل شريكه بالنصف الأخر بنصف حصته) .

فالقسمة كما قلنا سواء في المثليات أم القيميات فهي من جهة إفراز أي تمييز ومن جهة مبادلة أي أخذ عوض[1] وقد جاء في شرح المادة (1116) كلمة "مبادلة " وعدم قولها بيعا وذلك لكي تشمل القسمة قسمة المنافع كما هو في قسمة المهايأة لأن المهاياة من جهة إفراز ومن جهة مبادلة أيضا[2] . وهذه عبارة عن مبادلتها بجنس المنافع أي عبارة عن جمع المنافع الشائعة في الاعيان.وجاء في الفقه الحنفي[3] **أن** القسمة لا تخلو من المعنيين فهي في المثلي كالموزونات والمكيلات والمعدودات يغلب فيها معنا الإفراز وفي القيميات كالثياب والعقار يغلب فيها معنى البيع.

وتنص أيضا في المادة (1114) من المجلة على ما يلي: (القسمة هي تعيين الحصة الشائعة، يعني إفراز وتمييز الحصص بعضها عن بعض بمقياس ما كالكيل والوزن والذراع) . يفهم من هذه المادة أن المقصود بالقسمة: تمييز الحصص وإفرازها عن بعضها البعض، ولم تأت هذه المادة على ذكر المبادلة والتي تحوي معنى البيع، إلا أن المفهوم من هذه المادة هو حصول الشريك على عوض نتيجة المبادلة وجاء في الشرح لهذه المادة لعلي حيدر " القسمة هي تعيين الحصة الشائعة بين المتقاسمين في حصة في مكان وجمعها وتمييزها وذلك أن حصة كل شريك في المال المشترك شائعة أي سارية في كل جزء من أجزاء المقسوم وبإجراء القسمة تصبح

---

(1) في شرح المادة 1116 " القسمة مطلقا سواء في المثليات أو في القيميات من جهة إفراز ومن جهة مبادلة أي أخذ عوض، أي أن القسمة سواء في المثليات أو في القيميات مشتملة على معنيين فهي إفراز باحد معنييها أي أخذ عين الحق ومبادلة بالمعنى الثاني أي مبادلة حصة شريك بحصة شريك الأخر واخذ عوض حقه، مثلا إذا كان مال مشتركا بين اثنين فيكون جزء معين من ذلك محتويا على حصتين فإذا قسم إلى حصتين فنصف كل حصة هو ملك في الاصل لصاحب الحصة ولم تستفد من الشريك الأخر ونصفها الأخر ملك الشريك الأخر وحصلت بدلا وعوضا عن حصته التي تركت لشريكه في القسم الثاني. والقسمة باعتبار أخذ المالك لحصته المملوكة هي إفراز وباعتبار أخذ حصة شريكه مقابل حصته التي تركها للشريك مبادلة والمبادلة هي عبارة عن الاعطاء من الجانبين "".

-المادة (66) من المشروع الفلسطيني نصت على: " الاشياء المثلية هي ما تماثلت أو تقاربت احادها أو اجزاؤها بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفا عند الوفاء بلا فرق يعتد به وتقد في التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل و الوزن.2- الاشياء القيمية هي ما تتفاوت احادها في الصفات أو القيمة تفاوتا يعتد به أو يندر وجود امثال لها في التداول ".

(2) انظر في شرح المادة 1116 لعلي حيدر.

(3) نظام، الفتاوى الهندية في فقه الامام ابو حنيفة النعمان، ج5،، دار الكتب العلمية، طبعة أولى، 2000، ص253-254.الكاساني، علاء الدين ابي بكر بن مسعود، البدائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق في ترتيب الشرائع، ج9، ص142. انظر

انظر ملحم، خالد حسين عبد الله، القسمة في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير،، تاريخ 2000/1/19، جامعة آل البيت.عمان-الاردن.

الحصة المذكورة معينة في مكان"، وبهذا الاعتبار يحصل في القسمة إفراز، وبما أن النصف الأخر من الحصة المذكورة هو ملك شريكه فانه يأخذه من شريكه عوضا عن حصته التي بقيت عند شريكه وبذلك قد حصلت مبادلة بينهما[1] .

ومن ثم لا بد القول أن المادة المذكورة جاءت مطلقة بمعنى أنها تسري على المنقول وعلى العقار[2] .

البند الأول: متى يتحقق الإفراز؟

لكي يتحقق الإفراز لا بد أن يبقى المفرز على حاله الأصلي مع منافعه التي كان عليها قبل الإفراز[3] وذلك إذا قسمت الدار الكبيرة إلى قسمين وكان كل قسم منها صالحا لأن يتخذ دارا ومسكنا فيكون في هذه القسمة معنى الإفراز، أما إذا تبدلت بالقسمة الأصل والمنافع فلا يبقى فيها معنى الإفراز بل يكون تبديلا [4] .

واستدل القائلون [5] . بأن القسمة لا تخلو من معنى البيع ومعنى الإفراز أنه ما من جزء مهما قل من المال المشترك إلا ويملكه الشركاء المتقاسمون مناصفة إذا كان عددهم اثنين نصفه لهذا ونصفه لذاك إذا لم يقم الدليل على غير ذلك، فان أخذ احدهم نصف هذا المال فيكون ما استقل به كان له قبل القسمة وإنما اجتمع وتميز بعد شيوع، وهذا هو معنى تمييز الحقوق ويكون النصف الأخر من المال للشريك الأخر أخذه منه عوضا عما تركه له، وهذا هو معنى البيع، أي مبادلة بمال، وإنما غلب في قسمة المثلي معنى تمييز الحقوق لأن المأخوذ فيها على سبيل المعاوضة وهو عين المتروك حكما إذ هو مثله يقينا، فضعف معنى المبادلة، كذلك قسمة القيمي.

---

(1) حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الثالث، طبعة أولى، 1991، دار الجيل، بيروت، شرح المادة 1114. المومني، علا محمد عبد العزيز، أثر قسمة العقار الشائع في القانون المدني الاردني:دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، 2002-2003، جامعة ال البيت ص 114، مرجع سابق

(2) حيدر، علي، المرجع السابق، شرح المادة 1116.

(3) حيدر، علي، المرجع السابق، ص100 وشرح المادة 1116ص103.

(4) انظر شرح المادة 1116 من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

(5) السرخسي، ابي بكر محمد بن احمد بن ابي سهل، المبسوط، المجلد الثامن 15-16، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1، 1421-2001، ص3.

فلم يضعف معنى المبادلة والمعاوضة، إذ الماخوذ ليس عين المتروك ولو حكما، ومن ثم يكــون معنى المبادلة في قسمة القيمي اقوى منه في قسمة المثلي[1] .

وتنص المادة 1117 من مجلة الأحكام العدلية على ما يلي:(جهة الإفراز فــي المثليــات راجحة فلذلك لكل واحد من الشريكين في المثليات المشتركة أخذ حصته في غيبة الأخــر دون اذن.لكن لا تتم القسمة ما لم تسلم حصة الغائب اليه و إذا تلفت حصة الغائب قبل التسليم تكــون الحصة التي قبضها شريكه مشتركة بينهما) وجاء في شرح المادة السابقة لعلي حيــدر: "جهــة الإفراز راجحة " لانه لم يكن خاليا عن جهة المبادلة حيث قد ذكر في المــادة 1116 أن نصــف الحصة التي تصيب احد الشريكين بالقسمة هي ماله اما النصف الأخر فقد كان مــال شــريكه فاتخذ عوضا وبدلا عن الحصة التي خرجت من نصيب الشريك، وانــه إذا افــرزت المثليــات فيكون قسم من الحصة المفرزة عين حق الاخذ واما القسم الأخر وان لم يكن عين الحق إلا أنه مثل الحق صورة ومعنى.

وهذا يعني أن نص المادة السابقة لا يلغي وجود المبادلة بل يرجح الإفــراز مــع وجــود المبادلة في قسمة المثليات.

اما المادة 1118 من مجلة الأحكام العدلية فتنص على ما يلي: (جهة المبادلة في القيميات راجحة والمبادلة تكون اما بالتراضي أو بحكم القاضي، فلذلك لا يجوز لاحــد الشــريكين فــي الاعيان المشتركة من غير المثليات أخذ حصته منها في غيبة الأخر بدون اذنه) . وهذا يعني أن نص هذه المادة يرجح معنى المبادلة في القيميات.

البند الثاني: متى تتحقق المبادلة؟

قلنا أن الإفراز يتحقق إذا بقي المفرز على حاله الاصلي مع منافعه التي كان عليها قبل الإفراز،

---

(1) الحصكفي، علاء الدين محمد بن علي، حاشية ابن عابدين، در المحتارعلى الدر المختار، ج9، دار المعرفــة، طبعــة أولى 2000، مرجع سابق، ص420–422.انظر السيواسي، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القــدير، الجــزء الثامن، دار صادر، بيروت، ص2–3.

- انظر ملحم، خالد حسين عبد الله، رسالة ماجستير، ص18، مرجع سابق.
- انظر ابو الرب، يوسف توفيق محمود، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، ص8 وما بعدها.

اما إذا تبدلت فيخرج التقسيم المذكور عن كونه افرازا ويصبح تبديلا.والمراد بالتبديل هو التبدل في جميع المتقاسم فيه وليس التبدل في احده.

مما سبق نرى أن مجلة الأحكام العدلية وهو المذهب الحنفي قد نصت وبشكل صريح علـــى أن القسمة ما هي إلا إفراز الانصباء ما بين الشركاء من جهة ومبادلة كل شريك ما له عند الأخـــر في نصيبه.

الفرع الثاني: الأراء الفقهية الاخرى حول ماهية القسمة

هناك عدة اراء ساقها الفقه الإسلامي بخصوص ماهية القسمة، فاعتبرها البعض بيعا في حـــين أن البعض اعتبرها افراز، ويكون البحث بهذه الأراء بشكل موجز كما يلي:

أولاً: عقد القسمة بمثابة عقد البيع

بين بعض الفقهاء أن القسمة "ما هي إلا بيع لأن كل شريك يبدل نصيبه من احد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الأخر وهذه هي حقيقة البيع" [(1)]

ثانياً: عقد القسمة بمثابة الإفراز

بين فريق من فقهاء المالكية[(2)] "أن القسمة تقع على ثلاثة انواع (المراضـــاة والمنـــافع والقرعة) وقسم المال الشائع إلى مثلي وقيمي وياخذ معنى القسمة في هذه الانواع تعيين حصـــة كل شريك في المال الشائع".

---

(1) انظر ابن قدامة، ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، دار الكتـــب العلمية، طبعة ثانية، مجلد 9، بيروت –لبنان، 2004، ص 82-83

انظر ابو الرب، يوسف توفيق محمود، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، ص 10، مرجع سابق. انظر ملحم، خالـــد حسين عبد الله، رسالة ماجستير، ص19، مرجع سابق

(2) الدسوقي، محمد بن احمد بن عرفة المالكي، مرجع سابق، ص251. - انظر ابو الرب، يوسف توفيق محمود، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، ص9 -10، مرجع سابق.انظر ابن قدامة، ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، دار الكتب العلمية، طبعة ثانية، مجلد 9، بيروت –لبنـــان، 2004، ص 82-83، مرجع سابق.

واعتبر أن قسمة المهايأة والمراضاة لا تنفذ إلا برضا الشركاء جميعا لانهما تاخذان حكم البيع ولا يجوز أن يجبر عليها المتقاسمون اما في قسمة القرعة فانها لا تعتبر كالبيع لأن القاضي يستطيع أن يجبر المتقاسم الذي رفضها[1] .

ودليل هذا الفريق: أن الشريك في المال الشائع قد يتسامح في القسمة ما لا يسامح به في عقد البيع وهذا ما يؤكد أن المراضاة تمييز حقوق بحيث تميز حق كل منهما عن الأخر وتبرع كل واحد منهما لشريكه بشيء من نصيبه [2] .ودليل البعض " أن لوازم القسمة تخالف لوازم البيع واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات "[3]

ثالثاً: عقد القسمة بيع وافراز (لا يخلو من المعنيين):

القسمة في المثلي (كالموزونات والمكيلات والمعدودات) يغلب فيها معنى الإفراز وفي القيميات كالثياب والعقار يغلب فيها معنى البيع وهذا هو المتفق عليه عند ابي حنيفة واصحابه كما اشرنا سابقا.

والدليل على أن القسمة لا تخلو من المعنيين، **أنه** ما من جزء مهما قل من المال المشترك إلا ونصفه لهذا ونصفه وقد يكون جزء منه لهذا وجزء منه لذاك بالتساوي، لذاك فان استقل احدهما بنصف المجموع، فشطر ما استقل به كان له قبل القسمة انما اجتمع وتميز بعد شيوع، وهذا معنى تمييز الحقوق، وشطره الأخر كان لشريكه اخذه منه عوضا عما تركه له، وهذا هو معنى البيع، وانما غلب في القسمة المثلي معنى تمييز الحقوق لأن الماخوذ فيها على سبيل المعاوضة وهو عين المتروك حكما إذ هو مثله يقينا، فضعف معنى المبادلة ولا كذلك

---

(1) الدسوقي، المرجع السابق، ص 252. – انظر ملحم، خالد حسين عبد الله، رسالة ماجستير، ص18، مرجع سابق. انظر ملحم، خالد حسين عبد الله، رسالة ماجستير، ص20، المرجع سابق. انظر ابو الرب، يوسف توفيق محمود، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، ص10، مرجع سابق.

(2) الدسوقي، المرجع السابق، هامش ص 252.انظر ملحم، خالد حسين عبد الله، رسالة ماجستير، ص18–19، مرجع سابق

(3) نقلا عن: ملحم، خالد حسين عبد الله، رسالة ماجستير، ص 19، مرجع سابق. ابن قدامة، ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، دار الكتب العلمية، طبعة ثانية، مجلد 9، بيروت –لبنان، 2004، ص 83 وما بعدها، مرجع سابق

قسمة القيمي فلم يضعف معنى المبادلة والمعاوضة إذ المأخوذ ليس عين المتروك ولو حكما ومن ثم يكون معنى المبادلة في قسمة القيمي اقوى منه في قسمة المثلي[1] .

المبحث الثاني: حالات القسمة الرضائية

بما أن القسمة الرضائية عقد كباقي العقود، إلا أن لها أحكاماً خاصة وحالات ترتبط باهلية الشركاء المتقاسمين وقت القسمة وحالات تختلف باختلاف حضور أو غياب هذا الشريك، وحالات تستجد وقت القسمة بوجود الدائنين الشركاء المتقاسمين أو بعضهم، وقد اعطى المشرع خيارات في حال تحقق احدى هذه الحالات، وعلى ذلك يكون البحث في حالات القسمة الرضائية في المطالب التالية:

المطلب الأول: القسمة الرضائية مع وجود عديم أو ناقص الاهلية أو الغائب

المطلب الثاني: القسمة الرضائية مع وجود دائنين أو مستحقين من الشركاء أو من غير الشركاء

المطلب الثالث: الخيارات التي يعطيها عقد القسمة للشركاء

المطلب الأول: القسمة الرضائية مع وجود عديم أو ناقص الأهلية أو الغائب:

إن للقسمة الرضائية في حالة وجود عديم الاهلية أو ناقصها احكاما تختلف عن الأحكام في القسمة التي تتحقق فيها كامل الشروط ومنها الاهلية، حيث لا يثور أي خلاف أو نزاع قانوني في حالة تحقق شروط القسمة وهي الاجماع والحضور والاهلية.الا أنه في حالة وجود احد المتقاسمين غير المؤهل (ناقص أو عديم الأهلية) فان أحكام القسمة الرضائية تختلف تبعا لذلك، وبهذا الخصوص تنص المادة **(2/972)** من المشروع المدني الفلسطيني على أنه " إذا

---

(1) حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، المواد1116، 1117 و1118، 1119.الحنفي، بن علي، محمد بن حسين الطوري القادري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، المجلد الثامن، بيروت، طبعة أولى 1997، ص267. الحصكفي، علاء الدين محمد بن علي، حاشية ابن عابدين، رد المحتارعلى الدر المختار،، ج9، دار المعرفة، طبعة أولى 2000، ص420-422، مرجع سابق.- انظر ملحم، خالد حسين عبدالله، رسالة ماجستير، ص18، مرجع سابق. انظر ابو الرب، يوسف توفيق محمود، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، ص8، مرجع سابق.

كان احد الشركاء غائبا أو فاقداً للأهلية، أو ناقصها فلا تصح القسمة الرضائية دون وجود من ينوب عنه قانوناً ".

و تنص المادة (**1041**) من القانون المدني الإردني على ما يلي:

1) " إذا كان احد الشركاء غائبا أو فاقدا الأهلية أو ناقصها فلا تصح القسمة الرضائية حينئذ.

2) في القسمة القضائية يمثل الغائب أو فاقد الأهلية أو ناقصها الولي أو الوصي".

وعلى ذلك يكون البحث في هاتين الحالتين في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: القسمة الرضائية مع وجود عديم الاهلية أو ناقص الاهلية:

وفقاً لنص المادة أعلاه فالمبدأ بهذا الخصوص أنه في حالة وجود عديم الاهلية أو ناقصها في القسمة الرضائية ولم يكن ممثلا تمثيلا صحيحا فان هذه القسمة تكون باطلة، وعلى الرغم أن هذه المادة مقتبسة في بعض منها من المادة (1128) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص على:" يشترط في قسمة الرضا رضاء كل واحد من المتقاسمين بناءً عليه إذا غاب احدهم لا تصح قسمة الرضاء و إذا كان من ضمنهم صغير فيقوم مقامه وليه أو وصيه و إذا لم يكن للصغير ولي ولا وصي كان موقوفا على امر القاضي فينصب له وصي من طرف القاضي وتقسم بمعرفته " إلا أن المشرع الإردني خالف حكم المجلة التي اجازت القسمة بوجود الولي أو الوصي واجازتأيضا تعيين وصي أو ولي من قبل القاضي في حالة عدم وجودهم، فإذا ما باشر الشركاء في اجراءات القسمة بوجود هذا الولي أو الوصي المعينين من قبل المحكمة الشرعية لاتمام اجراءات هذه القسمة، فإن القاضي أيضا وحرصا منه على أمور هذا القاصر يمكن أن يعين خبيرا مختصاً بهذه الامور حتى يتيقن أن حقوق هذا القاصر قد استوفيت حسب الاصول ولم يعط حصة اقل قيمة أو منفعة من بقية الشركاء المتقاسمين، ومن ثم تعرض على القاضي

ليعطي موافقته على هذه القسمة حتى يتم تسجيلها لدى المرجع الرسمي وهـــي دائــرة تســجيل الاراضي[1].

وبناءً على حكم المادة 1041 من القانون المدني الإردني سالفة الذكر ومقارنته مع ما جـــاء في المذكرة الإيضاحية في شرح هذه المادة من أنها نصت:"على شــرط لــزوم ونفــاذ قســمة التراضي وهو رضا كل من المتقاسمين فإذا تغيب احدهم ولم يكن له له نائب وقسم الحاضــرون المال المشترك وافرزوا حصة الغائب فلا تصح قسمة الرضا ولا تكون لازمة إلا إذا اجازهــا الغائب بعد ذلك فإذا كان ما بين المتقاسمين قاصر أو مجنون أو معتوه قام وليه أو وصيه مقامـــه وتجري القسمة بحضور الولي أو الوصي ولا تلزم بغير حضوره على شرط لزوم ونفاذ قســمة التراضي وهو رضا كل من المتقاسمين ومما سبق يجد الباحث أن هناك تناقضا ما بـــين نــص المادة المذكورة وما بين النص الايضاحي [2]، بمعنى أن نص المادة 1041 من المدني الإردنـــي اعتبر القسمة باطلة في حالة وجود فاقد الاهلية أو ناقصها بينما اعتبرت المذكرة الايضـــاحية أن القسمة باطلة إذا لم يمثل الصغير تمثيلاً قانونياً، اما مشروع قانون الأراضي الفلســطيني فـــي المادة(2/27) منه والمادة (972) من المشروع المدني الفلسطينيأيضا فقد جاءت واضحة مـــن حيث تمثيل الشركاء قانونا أو من ينوب عنهم [3].

---

(1) تنص المادة 84 من القانون المدني المصري، " إذا كان بين الشركاء غائب أو نائب بينهم من لم تتراضى منه الأهلية، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً وذلك وفقا لما يقرره القانون.

القانون المدني المصري، مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء سادس، الحقوق العينية، من المادة 802، إلى المادة 1029. مطبعة دار الكتاب العربي، ص113-115. انظر: المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردنـــي، جــزء ثـــاني، ص656، مرجع سابق.

(2) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني جزء ثاني، ص 656، .

-انظر العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية"دراسة مقارنة" الطبعة الأولـــى، دار الثقافة، عمان، الاردن، 2000م، مرجع سابق، ص67

(3) " لا تصح قمسة الارض المملوكة على الشيوع رضاء دون حضور جميع الشركاء أو من ينوب عن كل منهم أو يمثله قانونا" انظر: المادة 18 من قانون الأراضي العثماني تنص على "إن كان المتصرفون بالأراضي بوجه الاشتراك كلهـــم أو بعضهم صغيراً أو صغيرة، فالأراضي القابلة للقسمة كما مبين بالمادة الخامسة عشرة تقسم بمعرفة أوصياؤهم وهكذا أيضا أراضي، المجنون أو المجنونة والمعتوه والمعتوهة تقسم بمعرفة أوصياؤهم" انظر: عناني، بـــدر عبـــد الـــرزاق، قـــوانين الأراضي، ص10.

وعلى ذلك ورد التاكيد إلى ما سلف ذكره بنص المادة (835) المدني المصري والتي تنص على ما يلي: "للشركاء إذا انعقد اجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها.فإذا كان بينهم من هو ناقص الاهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون"، والقانون هنا هو قانون الولاية على المال، وقد وردت فيه نصوص خاصة بالقسمة إذا كان بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو كان فيهم غائب فان القسمة لا تبطل ويطبق أحكام القانون المختص بخصوص الولاية على النفس [(1)] .

أولاً: مع وجود ولي أو وصي:

من خلال الإطلاع على النصوص القانونية في القانون المدني المصري، و قانون الولاية على المال، والمشروع المدني الفلسطيني، ومجلة الأحكام العدلية الوارد ذكرها على أن القسمة بوجود الولي والوصي تقع صحيحة وتنفذ وذلك بعد مراعاة ما يتطلبه القانون من شروط، و يقضي القانون بان يقوم الولي **أو** الوصي مقام القاصر بإجراء التصرفات بشكل عام، والقسمة احد هذه التصرفات، وتجري القسمة بحضور هذا الولي أو الوصي وبانضمام رأيه، أما إذا جرت القسمة بدون حضورهما فلا تلزم لأنه لا ولايه للشركاء على أولئك القاصرين اما إذا أجاز ولي الصغير أو وصيه أو القاضي أو الصغير بعد البلوغ أو ورثة الصغير بعد وفاته هذه القسمة تكون لازمة بحقه، أما بخصوص قسمة الفضولي فهي موقوفة على إجازة المقسوم له قولا أو فعلا[(2)]، لأن القاعدة أن كل عقد يصح فيه التوكيل يتوقف عقد الفضولي فيه على الإجازة، والقسمة هي من العقود التي يصح فيها التوكيل فنرى أن شرح المجلة لهذه المادة الخاصة بالقاصر قد ساوت بين الصغير والمجنون والمعتوه إلا أن هناك فرقاً فيما بين الصغير سواء كان مميزاً أو غير مميز بحيث يستطيع مستقبلا أن يجيز هذه القسمة عند بلوغه[(3)] .

---

(1) مرسوم الولاية علي المال رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية علي المال.

(2) افندي، إبراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف، شرح قانون الأراضي، مرجع سابق، ص224.

(3) نقض مدني جلسة 1985/11/6 –المجموعة – السنة 36–الجزء الثاني ص970، ص971، اللمساوي ص382، مرجع سابق. انظر المذكرة الإيضاحية لنص المادة 1041، ص656. مرجع سابق.

–انظر المادة رقم (10) من قانون رقم (51) لسنة 1958 قانون معدل للاحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة، "على الرغم مما ورد في المادة (52) من قانون الأراضي العثماني يجوز لاولياء واوصياء الصغار والمجانين

وبهذا الخصوص تجدر الإشارة إلى أن هناك حالة أخرى تتعلق بـــالمميز المـــأذون لـــه بالتجارة كون هذا المميز الماذون يكون محدود التصرف فيما اذن له فيه مـــن قبـــل الـــولي أو الوصي وبموافقة القاضي على ممارسة أعمال التجارة، وفي الحد المسموح فيه بحيث يســـتطيع التمييز ما بين إذا ما كانت هذه القسمة في مصلحته أو عكس ذلك إلا أنه وحسب نـــص المـــواد السابقة فانه يشترط موافقة الولي أو الوصي على القسمة أو اجازتهاعند بلوغ هذا المميـــز لســـن البلوغ بحيث تنطبق الشروط السابقة عليهأيضا، كون القسمة تعتبر من التصرفات ولـــيس مـــن اعمال الإدارة كذلك[1] .

وبهذا الخصوص فقد ورد نص المادة (40) من قانون الولاية على المال على ما يلي:" على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجب اتباعها، وعلـــى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية..."، وتنص المادة (79) من نفس القانون على مـــا يلـــي "يسري في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسري في شأن قسمة مال القاصرين مـــن أحكام [2]. وهذا يعني أن اجراء القسمة اعتبر أمرا له خطره فخرج عن أن يكون عملا من أعمال الإدارة المعتادة، والحق بالتصرفات ومن ثم اشترط القانون فيه إلا يستقل به الوصي أو القـــيم أو الوكيل عن الغائب بل يجب على أي من هؤلاء أن يحصل على إذن من المحكمة كما هو الأمـــر

والمعتوهين بيع وفراغ اموالهم غير المنقولة باذن من المحكمة المختصة إذا توافرت المسوغات التاليـــة وبعـــد التثبت من صحتها وضرورتها:

أ- من اجل تسديد دين المورث إذا كانت تلك الأموال قد انتقلت اليهم بالارث عنه.

ب- إذا كان الدين ناشئا عن ثمنها.

ت- من اجل نفقات الدراسة أو المعالجة الطبية سواء انتقلت تلك الأموال بطريق الارث أو بايـــة صـــورة اخرى

(1) قلعجي، محمد وقنيبي، حامد معجم المصطلحات الفقهية، دار النفـــائس، بيـــروت، طبعـــة ثانيـــة، 1988، ص 503.

الوصاية: هي الولاية على القاصر والوصي:هو من له وصاية سواء كان وليا أو غيره

الولاية: هي تدبير الكبير الراشد شؤون القاصر الشخصية والمالية.

- انظر المادة 974 من المجلة

-انظر ملحم، خالد حسين عبد الله، رسالة ماجستير، القسمة في الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 48.

(2) السنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط، ج8، المرجع السابق، ص 896.

كيره، حسن، اصول القانون المدني، جزء اول، الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق، هامش ص467.

في شأن أعمال التصرف، بحث يكون وجود هذا الغائب أو فاقد الأهلية أو ناقصـها سـبباً مـن اسباب عدم اعتبار القسمة اتفاقية واعتبارها قضائية كما هو الحال في عدم إجماع الشركاء علـى القسمة الرضائية إذ أنه يملك بوجه عام أن يستقل بأعمال التصرف ولا يستأذن فيها المحكمة فقد أعفى في القسمة من الحصول على هذا الأذن وجاز له أن يستقل بها، وهذا ينطبق على الـولي إذا كان الأب ولا ينطبق ذلك على الجد كما بينته المادة (15) من قانون الولاية[1] و إذا طلـب الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب إذن المحكمة في القسمة الاتفاقية فعلـى المحكمـة أولا أن تقدر ما إذا كانت هذه القسمة في مصلحة المحجور فعليها أن ترفض القسمة الاتفاقية وتقرر أن تكون القسمة قضائية، فإذا ما قررت أن القسمة الاتفاقية في مصلحة المحجور فعليهـا أن تعـين الأسس التي تجري عليها هذه القسمة والإجراءات التي يجب إتباعها فيها، و إذا تمـت القسـمة الاتفاقية على مقتضى هذه الأسس وبموجب هذه الإجراءات فعلى الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب أن يعود مرة ثانية إلى المحكمة ليعرض عليها القسمة التي تمت فإذا استوثقت المحكمـة من أن الأسس التي وضعتها قد التزمت ومن أن الإجراءات التي رسمتها قد روعيـت وتيقنـت بوجه خاص من عدالة القسمة في ذاتها فإنها تأمر بنفاذها وكما في جميع الأحوال حتى في هـذه المرحلة أن تقرر العدول عن القسمة الاتفاقية إلى القسمة القضائية إذا لم تطمئن إلـى القسـمة الاتفاقيه التي تمت[2] . وكون القسمة تعتبر من التصرفات كما ذكرنا فان ما ينطبق على القسـمة بهذا الشان ينطبق على البيع، فإذا ما رات المحكمة أن المال المراد أخـذ الاذن لبيعـه لا يقبـل القسمة فانها تقرر طرحه بالمزاد واعلام الوصي بذلك على أن يتم الاعلان عن المزاد العلني في جريدة يومية لضمان الحصول على اعلى سعر للقاصر في المزاد.

---

(1) انظر كيره، حسن، المرجع السابق، هامش ص 467. انظر الطعن رقم 702 لسـنة 51 ق –جلسـة 1985/11/6 س 36 ص 970، عبد التواب، معوض، جزء4، مرجع سابق، ص 303: " للولي قسمة المال الشائع بالتراضـي نيابـة عـن اولاده القصر لا حاجة لاستئذان محكمة الاحوال الشخصية أو موافقتها.علة ذلك.المواد 835مدني و4 و40 مرسوم بقـانون 119 لسنة 1952 بشان الولاية على المال.النص في المادة 835 من القانون المـدني علـى أنـه (للشـركاء إذا انعقـد اجماعهم...فإذا كان بينهم من هو ناقص الاهلية وجبت مراعات الاجراءات التي يفرضها القانون) وفي المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 باحكام الولاية على المال على أن يقوم الولي على رعاية اموال القاصر وله ادارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الاححكام المقررة في هذا القانون) وفي المادة 40 منه على أن (على الوصي أن يسـتاذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي يدل مع خلو نصوص هذا القانون من قيد مماثل بالنسبة للولي في مجال القسـمة على أن يجري القسمة بالتراضي عن اولاده القصر دون حاجة لاستئذان محكمة الاحوال الشخصـية أو الحصـول علـى موافقتها على مشروع تلك القسمة.

(2) سنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط ج 8مرجع سابق، ص897 و الهامش من نفس الصفحة.

ويرجح الباحث الرأي القائل أن القسمة الرضائية بوجود هذا التشدد قد يفرغها من مضمونها بحيث تنقلب وتصبح إجراءاتها قريبة من القسمة القضائية أو تصبح قسمة تصفية أن صح التعبير بحيث يتأكد الاستنتاج السابق ذكره وهو في حالة وجود غائب أو قاصر فإن القسمة قد تنقلب إلى قضائية وليست رضائية بالمعنى المألوف [1] و كون مفهوم الرضا لدى هذا الغائب أو فاقد الأهلية، أو ناقصها لا ينطبق عليه، بحيث لا يدري ما إذا كان هذا التصرف (القسمة الرضائية) في مصلحته أم لا، حيث أن قانون الولاية جاءأيضا متشدداً ومفرقا بين ما إذا كان الولي هو الأب أو الجد أو غير ذلك، فتكون الولاية هنا للمحكمة التي هي أحق بأن تولى على حقه[2] .

وبهذا الصدد اكد مشروع القانون المدني الفلسطيني هذه المسالة حيث ورد نص المادة **(2/972)** كما يلي " إذا كان احد الشركاء غائبا أو فاقداً للأهلية، أو ناقصها فلا تصح القسمة الرضائية دون وجود من ينوب عنه قانوناً "وبهذا يظهر أن هناك حرصاً من المشرع على مصلحة الغائب أو فاقد الأهلية اوناقصها ولقد بينت المذكرة الإيضاحية المستقاة من القانون المدني المصري هذه الحالة فيما إذا كان بين الشركاء من هو غائب أو فاقد الأهلية أو ناقصها فان القسمة الاتفاقية حينئذ لا تصح إلا بحضور من ينوب عن هؤلاء الأشخاص فبالنسبة للغائب بحضور الوكيل وفاقد الأهلية كالمجنون والمعتوه هؤلاء يمثلهم (القيم) وناقص الأهلية القاصي يمثله (الولي أو الوصي) وذلك بعد الحصول على إذن من المحكمة ما عدا الولي الذي يستطيع الاتفاق على قسمة المال الشائع لناقص الأهلية دون حاجة إلى اذن من المحكمة ويرجع طلب الحصول على اذن من المحكمة اعتبار القسمة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة[3]، وهذا الحكم نصت عليه المادة السابعة من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة[4].

---

(1) كيرة، حسن، اصول القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، جزء اول، مرجع سابق، ص 466.

(2) كيره، حسن، اصول القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، جزء اول، مرجع سابق، هامش ص 467.انظر اللمساوي، فايز، اللمساوي، اشرف، الملكية الشائعة، احكامها العامة، ومشكلاتها العملية في ضوء احدث أحكام النقض في العشرين سنة الاخيرة حتى سنة 2002، ط أولى، سنة 2003–2004، المركز القومي للاصدارات القانونية، 49ش الشيخ ريحان، بجوار وزارة الداخلية، ص 377.

(3) المذكرة الإيضاحية للمشروع المدني الفلسطيني، المادة 2/672.

(4) انظر: أفندي، ابراهيم ناجي، هامش ص224، مرجع سابق.

يتبين مما سبق أن القسمة بهذه الطريقة تدخل تحت الطريقة الثانية للقسمة الرضائية وهي بعد الاتفاق على القسمة ما بين الشركاء أو من ينوب عنهم قانونا –أو المحكمة الشرعية و إذا كان هناك قاصر – يتم تقديمها إلى القاضي للمصادقة عليها أو إلى دائرة تسجيل الأراضي لتأخذ شكلها النهائي بهذه المصادقة على إجراءات القسمة، وما يختلف عنها أن القاضي أو الولي يكون هو صاحب الولاية على الشريك ناقص الأهلية أو فاقدها أو الغائب أن لم يكن له وكيل.

والملاحظ أن مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (972) منه والمادة (835) من القانون المدني المصري، والمادة (27) من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني جاءت مطابقة مع ما ذهبت إليه مجلة الأحكام العدلية من بطلان القسمة حال وجود غائب دون تمثيل له، وكذلك الاشتراط في تمثيل ناقص الاهلية حيث نصت المادة:(1128) من المجلة على ما يلي " يشترط في قسمة الرضاء رضاء كل واحد من المتقاسمين" بناء عليه إذا غاب احدهم لا تصح قسمة الرضا و إذا كان من ضمنهم صغير فيقوم مقامه وليه أو وصيه وان لم يكن للصغير ولي ولا وصي كان موقوفا على أمر القاضي فينصب له وصي من طرف القاضي وتقسم بمعرفته " إلا أن المشرع الإردني في نص المادة 1041 مدني قد خالف أحكام المواد السابقة كما اوضحنا في شروط القسمة.

أي أن القسمة الرضائية تنقلب قضائية وقد يكون المال الشائع غير قابل للقسمة ويصر أحد الشركاء على بيع المال الشائع كما ورد في نص المادة (9) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة فعند ذلك: لا يستطيع الشركاء الطعن في هذه القسمة، وهو جاء في نص المادة (11) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة[1].

ثانياً: في حالة عدم وجود ولي أو وصي:

إذا لم يكن للصغير ولي ولا وصي كانت القسمة موقوفة على أمر القاضي حيث لا يكون للشركاء ولاية على الصغير وتصرفهم في حق الصغير غير نافذ وينصب من طرف القاضي

---

(1) يحظر على المحاكم سماع الدعوى التي يقيمها الشركاء أو أولياؤهم أو أوصياؤهم بطلب فسخ وإلغاء معاملات الإحالة التي تمت بالمزايدة وفق أحكام المادة التاسعة.

وصي ويجري التقسيم بمعرفته[1] ويشترط في ذلك أن يكون هذا الصغير حاضــراً، فعليــه إذا كان الصغير غائبا فليس للقاضي تنصيب وصي عنه، وهذا يعني أن القسمة تنقلب إلــى قســمة قضائية.

وعليه فانه يشترط حضور الصغير القسمة الرضائية فإن لم يكن لــه ولــي أو وصــي ينصب القاضي له وصياً أو قيما اما إذا كان[2]، هذا الشريك الصغير نــاقص الاهليــة أو فاقــد الأهلية اوغائبا فإن القاضي يستطيع تنصيب وصي أو قيم إذا كانت البلدة أو المكان الذي يعيش فيه هذا الصغير أو فاقد الأهلية تمتد إليها ولاية القاضي أي تقع تحت اختصاصه وإلا فان هــذه القسمة لا تصح وتعتبر غير نافذة في حق هذا الصغير أو فاقد الأهلية لعدم توافر شروطها[3] .

أما على الواقع فإن على الوصي أن ياخذ الاذن من القاضي الشرعي في حالة القسمة أو البيع ويقوم القاضي بتعيين خبير ومساح ومنتدب منه ليقفوا على رقبة العقار ليتم تقييمه وتخمينه ويتم اعداد تقرير بذلك من قبل اعضاء اللجنة التي تم تعيينها فإذا كان العقار ارضاً مثلا فانه يتم مسحها وتخمين سعر المتر، من الخبير سواء في حالة البيع أو القسمة فإذا كان الاذن المقدم مــن الوصي لغايات للبيع فان القاضي الشرعي وبعد دراسة التقرير المقدم يعطي هذا الاذن بالبيع إذا كانت هذه الارض لا ينتفع بها في حالة بقائها على الشيوع مع باقي الشركاء ويتم الاعلان عــن طرحها في المزاد عن طريق احدى الصحف المحلية. وإن هذا الامر ينطبقأيضا فيما إذا كــان الاذن المطلوب لغايات القسمة دون الاعلان في الصحيفة، وفي كلا الحالتين ينظر القاضي إلــى هذا الاذن أن كان في مصلحته أم لا.

---

(1) افندي، علي حيدر، شرح مجلة، ص 123 مجلد3، مرجع سابق. القره داغي، علي محيي علي، مبدا الرضا في العقــود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني (الروماني والفرنسي والانجليزي والمصري والعراقي) الجــزء الأول، دار البشائر الاسلامية، الطبعة الثانية، بيروت –لبنان، 1423هــ–2002 ص387.

(2) انظر كيرة، حسن، اصول القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، هامش ص 466– 467

(3) انظر علي حيدر، شرح المادة (1128) من مجلة الأحكام العدلية، ص 123 – 124.

الفرع الثاني:القسمة الرضائية حال وجود الغائب.

كثيرا ما يقع على ارض الواقع أن يكون من بين الشركاء المتقاسمين غائب، وقد يكون هـؤلاء الشركاء مضطرون إلى قسمة المال الشائع إلا أن غياب هذا الشريك يمنعهم من قسـمته، ولكـن وفي حال أن قرر هؤلاء الشركاء قسمة المال الشائع وبغياب هذا الشريك فما هـو حكـم هـذه القسمة ويكون البحث بالقسمة مع عدم وجود وكيل عن الغائب والقسمة مع وجود الوكيـل كمـا يلي:

أولاً: القسمة مع عدم وجود وكيل عن الغائب:

لقد بينت المادة **(79)** من قانون الولاية على المال حالة القسمة التي يكون فيهـا احـد الشركاء غائبا فقد الحقت الأحكام المتعلقة بقسمة مال الغائب باحكام قسمة مال القاصرين حيـث نصت على: " أن يسري في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسري في شأن قسمة مال القاصرين من أحكام "[(1)] وهذا القانون المطبق في مصر وقطاع غزة.

وعليه فإذا تمت قسمة مال الشريك الشائع الغائب ودون حضوره، أو أن لا يكون ممـثلاً قانوناً، فان هذه القسمة لا تكون نافذة إلا -حسب نص المادة السابقة- بمعرفة المحكمة المختصة والتي تكون قد عينت وكيلا عنه[(2)]، وبعد التاكد من هذا الغائب قد حصل على كامل حقوقه مـن نصيبه الشائع وان القسمة عادلة في حقه وتقوم بالمصادقة على القسمة لتنفيـذها لـدى المرجـع المختص، وهو نفس الحكم الذي جاءت به مجلة الأحكام العدليـة والقـانون المـدني الإردنـي والمشروع المدني الفلسطيني ومشروع قانون الأراضي الفلسطيني المذكورة سابقا. [(3)]

---

(1) سنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، مجلد 8، مرجع سابق، ص896.
كيره، حسن، اصول القانون المدني، جزء اول، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص466-467.
(2) افندي، إبراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف، شرح قانون الأراضي، ص250، مرجع سابق.
(3) انظر في المواد 1041 مدني اردني و1128من المجلة العدلية والمادة972 من المشروع المدني الفلسـطيني والمـادة 27من مشروع الأراضي الفلسطيني. جاء في القرار رقم(8) المنشور في العدد 1182 من الجريـدة الرسـمية الصـادرة بتاريخ 1954/5/16 الصادر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين: "... ومن هذه النصوص يتضح جليا أن واضع القـانون قد أوجب إجراء القسمة القضائية عند وجود إحدى الحالتين التاليتين: 1- إذا طلب فريق من الشركاء أو أحـدهم التقسـيم ورفض الآخرون، 2- إذا طلب فريق من الشركاء أو أحدهم التقسيم وكان منهم غائب أو قاصر أو محجور وذلك لأن بقية

اما إذا تمت هذه القسمة دون علم الغائب ودون الرجوع إلى المحكمة فان القسمة وحسب النصوص السابقة تكون باطلة ولا تلزم الشريك الغائب ويستطيع نقضها متى شاء بعد علمه بها.

ثانياً: في حالة وجود وكيل عن الغائب:

الشرط الواجب تحققه هو الرضا من قبل كافة الشركاء على القسمة وهو من شروط الصحة واللزوم وهذا ما جاءت به النصوص القانونية المشار اليها، ويستفاد كذلك نصوص مجلة الأحكام العدلية بخصوص لزوم ونفاذ قسمة الرضاء رضاء كل واحد من المتقاسيمن، بناء عليه إذا غاب احد المتقاسيمن ولم يكن له نائب وقسم الحاضرون وافرزوا حصة الغائب فلا تصح قسمة الرضا أي لا تكون لازمة[1] كون الرضا من هذا الغائب لم يتحقق منه أو من يمثله وكيله إلا أنه قد تنفذ هذه القسمة الرضائية وتلزمه عند إجازتها لاحقا عند حضوره أو حضور ورثته من بعده أو حضور وكيله[2] اعمالا لمبدا الاجازة اللاحقة كالاجازة السابقة إذ الاصل أن الوكيل يقوم مقام الاصيل إذا كان موكلا توكيلا صحيحا في التصرف وان القسمة الاتفاقية تعتبر من اعمال التصرف فهي تحتاج إلى نص خاص يخوله القسمة كون هذه القسمة في معناها الذي مر معنا تعتبر من التصرفات[3].

ويتفق هذا مع مضمون المادة (1041) من القانون الإردني والمذكرة الإيضاحية للقانون فإذا كان احد المتقاسمين غائبا لا تصح القسمة، ولكن كون هذا الغائب يمثله الوكيل، فهذا يعني أن القسمة الرضائية تنفذ في حق الغائب الذي يمثله الوكيل وتكون لازمة بحق الغائب.

الشركاء لا ولاية لهم على الغائب كما أن موافقة المحجور عليهم أو من يقوم مقامهم لا حكم لها، ولهذا فلا تجوز القسمة الرضائية في حالة وجود غائب أو قاصر أو محجور، هذا ما تقرره في تفسير النقطة المطلوب تفسيرها، صدر في 1954/4/14.

(1) حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، شرح المادة(1128) ص: 122 –123، مجلد 3. نصت المادة 789 من القانون المدني السوري على ان:" للشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون "

(2) نصت المادة 794 مدني سوري على: " إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوفر فيه الأهلية وجب على قاضي الصلح أن يطلب من المحكمة ذات الاختصاص تعيين من يمثلها في دعوى القسمة وذلك وفقا لما يقرره القانون". انظر كيره، حسن، اصول القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، هامش ص465 – 466، مرجع سابق.

(3) انظر بهذا المعنى، افندي، إبراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف، مرجع سابق، ص250.

والمادتين(835) (840) من القانون المدني المصري تشير إلى ذلك فقد جاء في المادة 835 ما يلي:(للشركاء إذ انعقد اجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الاهليه وجبت مراعاة الاجراءات التي يفرضها القانون) . والمادة (840) تنص على ما يلي: (إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الاهلية، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا. وذلك وفقا لما يقرره القانون) .والمقصود بهذا القانون هو قانون الولاية على المال، حيث جاءت المادة (79) من قانون الولاية على المال لتنص على (يسري في شأن مال الغائب والمحجور عليه ما يسري في شأن قسمة مال القاصرين من احكام)، بمعنى أن الوكيل وان كان موكلا من قبل المحكمة فعليه مراجعة المحكمة وعرض عقد القسمة النهائية التي توصل اليها الشركاء للموافقة والمصادقة عليها من قبلها أي المحكمة إذا كانت عادلة بحق جميع الشركاء ومنهم الغائب[1].

والمثال على ما أشرنا إليه:

أن يكون احد الشركاء غائبا وتمت القسمة الرضائية بغيابه فيما بين الشركاء الآخرين سواء أكانوا ورثة أم شركاء عن طريق الشراء دون مراجعة القاضي ودون أن يكون له ممثل قانوني وعلى أثر هذه القسمة تم إفراز حصته من العقار المراد قسمته، واتبعوا قسمة الجمع مثلا أوالتفريق فإن هذه القسمة لا تكون صحيحة ولا تكون لازمة للشريك الغائب، إلا أنها وفي نفس الوقت تكون ملزمة للمتقاسمين الباقين بحيث إذا حضر الغائب واقرها فإنها تلزمه أيضا وتكون صحيحة كون شرط الرضا، قد تحقق من قبل الجميع بما فيهم هذا الشريك الغائب اما إذا لم يجزها فإن هذه القسمة تبطل ويستطيع نقضها.

وجاء في القرار التمييزي " إذا كان العقد باطلا بطلانا نسبيا كونه قد تم دون مراعاة الاجراءات الشكلية فيعتبر من العقود التي تلحقها الاجازة وهذه الاجازة تكون صريحة وتكون

(1) افندي، إبراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف، مرجع سابق، ص250-251.

ضمنية وقد انعقد الاجماع على أن الاجازة الضمنية تكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق في التمسك بالبطلان أو باتيانه عملا ماديا يدل على تنازله عن البطلان [1] .

ويتضح أن المقصود بهذه المادة هو قسمة الشريك الفضولي فإذا كان هؤلاء المتقاسمون من الورثة أو كانوا شركاء عن طريق الشراء وأجرى بعضهم هذه القسمة في العقار، واختص كل منهم بحصص معينة، وتصرف باقي الشركاء بحصصهم فان هذا التصرف يكون موافقة ضمنية منهم وتصح القسمة [2] . ولكن إذا تصرف احد الورثة بحصة مفرزة مدة مرور الزمن فهل تعتبر أنها اصبحت قسمة نهائية بالنسبة له ؟

هنا نفرق بين امرين الأول إذا كانت هذه الارض قد تمت تسويتها فانه مهما طال تصرفه في هذا الجزء المفرز لا يرتب له اية حقوق من قريب أو بعيد بل العكس قد يرتب عليه حقوقا، والامر الثاني إذا كانت هذه الارض من الأراضي التي لم تنته فيها اعمال التسوية، فهناك قاعدة تقول أن الارث لا يسقط بالتقادم وعليه فانه مهما طال تصرفه بهذه الحصة فانه يعتبر وكيلا أو متصرفا بالنيابة عن باقي الشركاء إلا إذا كان هناك ادلة قوية تثبت عكس ذلك. [3]

المطلب الثاني: القسمة الرضائية مع وجود دائنين أو مستحقين من الشركاء أو من غير الشركاء

تحرص معظم التشريعات على حقوق الغير المتعلقة بمحل القسمة سواء كان الغير من الشركاء المتقاسمين أم من غير المتقاسمين، بصفتهم دائنين أو مستحقين كليا أو جزئيا للعقار المراد

---

(1) قرار تمييز حقوق رقم 235، سنة 1959، سنة النشر، 1959، ص 300، جزء (1) .

- انظر حيدر، علي: شرح المجلة العدلية، شرح المادة (1126)، مرجع سابق.

(2) حيدر، علي، مجلة الأحكام العدلية، المادة (1116) . المادة 1053من القانون المدني الأردني نصت على ان:" قسمة الفضولي موقوفة على اجازة الشركاء في المال المقسوم قولا وفعلا ".

(3) المادة 1/4 من قانون رقم 51 لسنة 1958، قانون معدل للاحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة، " إذا تصرف واحد أو أكثر من الورثة مدة مرور الزمن أو أكثر بمال غير منقول لم تتم فيه التسوية مستقلا عن باقي الورثة فيعتبر أنه تصرف به بالنيابة أو بالوكالة عن باقي الورثة ما لم يقم بينة قوية على أن هذا التصرف لم يكن على ذلك الوجه ". افندي، إبراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف، ص212–214. مرجع سابق.

قسمته، فقد اوجد المشرع احكاما خاصة لكل طائفة مـــن هــؤلاء الـــدائنين أو المســـتحقين الـــذين يعترضون اجرءات القسمة.ويقصد بالاستحقاق " حرمان المشتري من كل أو بعض حقوقـــه علـــى المبيع نتيجة نجاح الغير في منازعته للمشتري أو كسبه على المبيع أي حق من الحقوق التي يعتبـــر ادعاؤها تعرضا [1]

ويقصد بالتعرض [2] "أن يدعي الغير حقا في المال الذي آل للمتقاسم بسبب القسمة"، كما لو ظهر أن المال المقسوم ليس ملكا للشركاء فالتعرض يؤذن بوجود استحقاق محتمل، اما الاســـتحقاق، فيتم إذا حكم لهذا الغير بما يدعيه. ويترتب ضمان التعرض والاستحقاق في الاصل، في التصرفات الناقلة للملكية. ذلك لأن الملتزم بنقل ملكية شيء يترتب عليه بداهة أن ينقل إلـــى المتصـــرف اليـــه ملكية هادئة مستقرة. لا يعكر صفوها تعرض منه، أو من الغير. اما التصرفات الكاشفة، فلا يترتب عليها، في الاصل، ضمان التعرض، ومع ذلك فقد رتب المشرع جزاء على القسمة، على الرغم من كونها من التصرفات الكاشفة. ويتردد هذا الجزاء بين تقرير بطلان القسمة تارة، وترتيـــب التـــزام متبادل بين المتقاسمين بالضمان تارة اخرى، وهو يرمي في الحالتين إلى اقامة العدالة في القســـمة، وتحقيق المساواة بين جميع المتقاسمين فإذا حصل لاحدهم تعرض في الحصة المفرزة التي اخـــتص بها نتيجة القسمة، أو إذا استحق الغير كل أو بعض هذه الحصة، صير إلى تطبيق احد الجـــزائين. اما تقرير بطلان القسمة واعادتها عادلة، واما الزام باقي المتقاسمين بالتعويض على شـــريكهم بمـــا اصابه من ضرر [3] .

وعليه يكون البحث في هذه القسمة في الفروع التالية:

---

(1) الحلالشة ,عبد الرحمن احمد جمعة ,الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ,عقد البيع , طبعة أولـــى , الاردن ,دار وائل للنشر والتوزيع 2005,نقلا عن هزيم ,ربحي ,رسالة ماجستير , ص68,مرجع سابق .

(2) ويقصد بالتعرض القانوني: أن يدعي البائع حقاً على المبيع، يتعارض مع حق المشتري فـــي ملكيـــة هـــذا المبيـــع. سرحان، عدنان: شرح أحكام العقود المسماة. ط1، دار وائل للنشر، الإمارات العربية، 2005، ص251. نقلاً عن هـــزيم، ربحي: رسالة ماحستير ,مرجع سابق، ص27.

(3) سوار، محمد وحيد: حق الملكية في ذاته، في القانون المدني الاردني، مرجع ســـابق ص 167.انظـــر بهـــذا المعنـــى الجمال، مصطفى، نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، جزء اول، حق الملكية، مرجع سابق، ص297.

الفرع الأول: القسمة الرضائية مع وجود دائنين من الشركاء.

تنص المادة 978 من المشروع المدني الفلسطيني على ما يلي: (1- لدائني كل شـريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كـل الشركاء، ويترتب عليها الزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الاجـراءات، والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبـل رفـع دعوى القسمة.2- اما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليهـا إلا في حالة الغش)

وتنص المادة (1045) من القانون المدني الإردني نصت على ما يلي:

"1-لدائني كل شريك الاعتراض على القسمة – رضائية كانت أو قضائية –وذلك بانذار يبلـغ إلـى جميع الشركاء إذا كانت رضائية.او بالتدخل امام القضاء، إذا كانت قضائية.

2- ولا تنفذ القسمة في حق الدائنين، إذا لم يدخلهم الشركاء في جميع الاجراءات.

3- فإذا تمت القسمة، فليس للدائن الذي لم يتدخل أن يطعن عليها إلا في حالة الغش ".

وتنص المادة (1046) من ذات القانون على ما يلي: " إذا ظهر دين على الميت بعـد تقسيم التركة تفسخ القسمة إلا إذا أدى الورثة الدين أو ابرأهم الدائنون منه أو ترك الميت مـالاً أخر غير المقسوم وسدد منه الدين"[(1)].

وباستعراض نص المواد المذكورة يتضح لنا أن المشرع أعطى الحق لكل دائـن سـواء كان هذا الدين على احد الشركاء أو على التركة في الاعتراض على قسمة المال الشائع من قبـل الدائنين وذلك حماية لمصالحهم سواء كانت هذه القسمة رضائية أم قضائية، كذلك فان النصوص القانونية السابقة لم تفرق بين ما إذا كان الدائن من الورثة أو من الشركاء أو كان اجنبيـاً عـن عنهم.

---

(1) انظر بهذا المعنى: افندي، إبراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف، مرجع سابق، ص442-443.

وقد بين المشرع الفلسطيني المقصود بالقسمة في هذه الحالة، حيث ورد نص المادة 978 من المشروع المدني الفلسطيني –في فقرتها الأولى أن المقصود بالقسمة هي القسمة القضائية دون الاتفاقية إلا أنه لم يبين ماهيتها في الفقرة الثانية إذا ما كانت قضائية أو رضائية إلا أنه يفهم منها على أنها قضائيةأيضا، ولكن النص جاء مطلقا ولا يجوز تقييده بل يبقى على اطلاقة وينطبق على القضائية والرضائية[1] .

وهناك من يقول أن القانون المدني المصري يشوبه النقص بهذه المسالة إذ أن نص المادة 842 منه قد قصد فيها أن حق المعارضة (التدخل) يكون في القسمة القضائية دون الرضائية[2]. ويعارض الباحث بهذا الخصوص، حيث أن من مستلزمات حماية الدائن هو ضمان حقوقه بكافة الوسائل القانونية التي تكفل وصول هذه الحقوق له سواء كانت القسمة قضائية أم رضائية. [3]

كذلك فإن المشرع الإردني قد فرق ما بين الطريقين القضائية والرضائية وجاء في فقرتها الثانية والثالثة من المادة 1046مطلقة بما يفيد انطباقها على الفقرة الأولى وتقسيمها أي تنطبق على كل من القضائية والرضائية على حد سواء، وهذا يتضح من **المادة (1046)** من القانون المدني الإردني التي جاءت على إطلاقها مما يفيد انطباقها على القضائية والرضائية وبهذا فقد وافق المشرع الإردني المشرع المصري والمشرع الفلسطيني في المادة 978 من

---

(1) مطابقة لنص المادة 796 مدني سوري ومطابقة للمادة 842 مدني مصري وقد نصت ما يلي: (1- لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء، ويترتب عليها الزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الاجراءات، والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة.2- اما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش) . انظر: هزيم، ربحي:رسالة ماجستير, مرجع سابق، ص58.

(2) الدويك، محمد سامح الشيخ سالم، قسمة المال الشائع في القانون المدني الأردني دراسة تحليلية "مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، عمان 1994، ص51.انظر نقض فلسطيني مدني رقم 2004/22,قرار رقم 711,تاريخ ,2005/5/2,ذكر سابقا في ص28من الرسالة .

(3) انظر هزيم ,ربحي,رسالة ماجستير ,مرجع سابق,ص58 .

المشروع المدني هذا واكد الدكتور السنهوري على إطلاق **المادة (842)** مصري لتشمل القسمة الرضائية والقضائية على حد سواء[1].

وفي هذا المجال –وجود دائنين– على المال الشائع الذي يجري تقسيمه فان على الدائنين التدخل في اجراءات القسمة رضائية كانت أم قضائية وسواء أكانت القسمة كلية أم جزئية، عينية أو قسمة تصفية، والدائنون هنا هم دائنو كل شريك مجتمعين ومنفردين، ويستوي أن يكون دائن الشريك دائنا شخصيا بمبلغ معين من المال أو دائنا ذا حق مقيد، ومسجل لدى دائرة تسجيل الأراضي [2] مثل حق الرهن أو حق المغارسة أو حق تأمين [3]، كما يستوي أن يكون الحق المقيد واقعا على المال الشائع المراد قسمته أو واقعاً على غيره من اموال الشريك. فالدائن على هذا النحو يعنيه أن تتم القسمة دون إضرار بمصالحة فيعنيه مثلا إلا يتعمد الشركاء، حين يقتسمون المال، إلا يقع في نصيب مدينه حصة من العقار المراد قسمته، قيمته اقل من القيمة الحقيقية لحصته، ومن ثم يقوم هذا المدين وبعد القسمة باخذ بقية حصته من الشريك الذي تواطا معه بقصد الاضرار بدائنه، فيقل بذلك ضمان الدائن[4]، وايضا فان الدائن يعنيهأيضا، إذا كان المال الشائع ذاته لا يقبل القسمة مما يعني بيعه بالمزاد العلني، وان من مصلحة هذا الدائن أن يكون البيع بالمزاد العلني ليس محصورا على الشركاء، فإن دخول أجنبي في المزاد يعني ضمان ارتفاع ثمن العقار المطروح للبيع بحيث يرسو المزاد على المشتري بسعر اعلى فينتفع الدائن بذلك، وايضا فان الدائن بتدخله هذا في اجراءات القسمة يجنبه ايقاع الجزء المفرز من المال الشائع المرهون له في نصيب شريك أخر غير الشريك المدين الراهن فيتحول حق الرهن الذي

---

(1) السنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط، جزء 8، مرجع سابق، ص 936. حسن كيرة، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص. سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، مرجع سابق، ص 144. المذكرة الإيضاحية للمادة 978 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(2) انظرأيضا القسوس، وليد نجيب، ادارة وازالة المال الشائع، ص150، مرجع سابق.

(2) تنص المادة رقم (6) من قانون وضع الأموال غير المنقولة تامينا للدين رقم (46) لسنة 1953 على ما يلي:(تتولى دوائر تسجيل الأراضي تنظيم سندات الادانة المتعلقة بمعاملات التامين والتصديق عليها واعطاء كل من الدائن والمدين نسخة منها...)

(3) تنص المادة رقم (2) من قانون وضع الأموال غير المنقولة تامينا للدين رقم (46) لسنة 1953 على ما يلي:(يجوز وضع الاملاك والأراضي الاميرية والموقوفة والمسقفات والمستغلات الوقفية تامينا للدين ولافرق بين أن يكون ما يؤمن به العقار بكامله أو حصة شائعة منه)

(4) انظر: هزيم، ربحي:رسالة ماجستير, ص58،مرجع سابق.

له من عقار كان يقصده وقت ارتهانه إلى عقار أخر ما كان يقبله لو علم بان هذا العقار سـيكون من نصيب الراهن وقت الرهن، وعليه فان الدائن يمنع تواطؤ الشركاء على الاضرار بمصلحته، أو تقصير مدينه في دفع الغبن عن نفسه فيلحقه الغبن هوأيضا تبعا لذلك إلا أنه على الرغم ممـا ذكر نجد أن قرار محكمة التمييز الاردنية نصت على ما يلي: "ان وجود حجـز علـى بعـض حصص العقار المطلوب قسمته لايمنع من اجراء القسمة وازالة الشيوع، إذ أن حق الحاجز يبقى على حصص مدنيه التي تختص له بنتيجة القسمة" (1) .

وتجدر الاشارة إلى أن المادة 873 من القانون المدني الفرنسي ساوت في هذا الشان بين القسمة الاتفاقية والقسمة الرضائية حيث تخول الدائنين حق المعارضة في الحالتين(2) .

الفرع الثاني: القسمة الرضائية مع وجود مستحقين من الشركاء

تنص المادة (844) من القانون المدني المصري تطابقها المادة 980 مشـروع مـدني فلسطيني على ما يلي:

(1-يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق(3) لسبب سـابق علـى القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان، على أن تكون العبـرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة فإذا كان احد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.2-غير أنه لا محل للضمان إذا كان هنـاك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها ويمتنع الضمانأيضا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه) .

---

(1) قرار تمييز رقم 40 لسنة 1963، سنة النشر 1963، صفحة المجلة 163، جزء2. انظرالسنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط جزء 8، مرجع سابق، ص937. انظرسوار، محمد وحيد الدين، المرجع السابق، ص144.انظـر هـزيم,ربحـي, رسالة ماجستير , ص58-59,مرجع سابق .

(2) الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، هامش ص 211.

(3) الاستحقاق: هو أن يدعي شخص ملكية شيء أو بعضه ويثبت دعواه ويقضي له القاضي بملكيته وانتزاعه من يد أخر كالمشتري أو المقسوم له. انظرقلعجي محمد، قنيبي، حامد، معجم المصطلحات الفقهية، مرجع سابق، ص59.

الاستحقاق: حرمان المشتري من كل أو بعض حقوقه على المبيع، نتيجة نجاح الغير في منازعته للمشتري، أو كسبه على المبيع أي حق من الحقوق التي يعتبر ادعاؤها تعرضا، هزيم، ربحي محمد احمد، رسالة ماجسـتير، ضـمان التعـرض والاستحقاق في عقد البيع، "دراسة مقارنة"، جامعة النجاح الوطنية، نابلس -فلسطين، 2007، ص68.

وكون القواعد التي تحكم ضمان البائع هي التي تحكم ضمان المتقاسم فان ذلك يعني أن المتقاسم الذي يعلم وقت القسمة أن ما اختص به فيها مهدد بخطر الاستحقاق بسبب علمه عن طريق من تقاسم معه أو عن طريق اخر، لا يجوز له في حالة الاستحقاق أن يرجع على قسيمه إلا بقيمة ما استحق وقت القسمة، لأن تعيين قيمة الأموال المستحقة في عقد القسمة يقابل تعيين الثمن في عقد البيع والمقرر في أحكام عقد البيع، وهذا يعني أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشتري عالما وقت الشراء بسبب الاستحقاق، وانه مع هذا العلم لا حاجة إلى شرط عدم الضمان ليمتنع على المشتري الرجوع على البائع باي تعويض في حالة الاستحقاق، وهذا يتضح من نص المادة (844) المشار اليها أن المتقاسمين يضمنون بعضهم البعض بخصوص ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ذلك لأن ضمان التعرض يقوم على أساس أن القسمة تقتضي المساواة والعدالة التامة بين المتقاسمين فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد انتقلت هذه المساواة ووجب الضمان، ويحق للمتقاسم الذي وقع الاستحقاق في نصيبه أن يطلب ابطال القسمة، [1] ومن المقرر أيضا أن تسجيل القسمة غير لازم في العلاقة بين المتقاسمين"[2] .

وبناء على ذلك فإن المتقاسمين لا يضمنون لبعضهم البعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق إلا فيما كان منهما لسبب سابق على القسمة، فيمتنع الضمان إذا كان التعرض أو الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة[3] . وحسب الفقرة الثانية من المادة 844 فان المتقاسمين لا

---

(1) تمييز رقم 58 لسنة 1957جزء اول صفحة رقم 485، سنة النشر 1957، " إذا ظهر مستحق لاية قطعة خصصت لاحد الفرقاء في القسمة فيحق له طلب ابطال القسمة لاالمطالبة بالعطل والضرر

(2) الطعن رقم (849) لسنة (51) ق- جلسة 1985/3/12، عبد التواب، معوض، ج4، مرجع سابق، ص 323. المادة (34) من مشروع القانون الأراضي الفلسطيني جاءت لتبين أن " المتقاسمون يضمنون لبعضهم البعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق في الأراضي التي آلت إلى احدهم". السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج8، ص938، مرجع سابق. العبيدي علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، ص76، مرجع سابق.

(3) تنص المادة 34 من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني على أن:" يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من استحقاق أو تعرض في الارض التي الت إلى احدهم بسبب سابق على القسمة ".انظر نقد جلسة 1962/4/26، س13، ص502، عبد التواب، معوض، التلعيق على نصوص القانون المدني، ج4، مرجع سابق ص322.انظر فرج,توفيق حسن ,الحقوق العينية الاصلية , الدار الجامعية,ص238.

يضمنون لبعضهم البعض إذا كان هناك اتفاق سابق على الإعفاء من الضمان في عقد القسمة، ولكن يجب بيان سبب الاستحقاق بالذات الذي يراد الإعفاء من ضمانه[1] .

الفرع الثالث: القسمة الرضائية مع وجود دائنين ومستحقين من غير الشركاء.

اوجد المشرع طرقاً لحماية دائن الشريك خوفا على مصالحه، فللدائن حق التعرض وحق التدخل إذا عرف أن لمدينه حصة في مال شائع وأراد أن يصطنع الحيطة من أمره، فعليه أن يرسل ويعلم مدينه ولسائر شركاء هذا المدين في الشيوع معارضته في أن تتم قسمة هذا المال الشائع سواء عن طريق القسمة العينية أو عن طريق التصفية بغير تدخله[2] . وحقيقة أن الدائن يستطيع التدخل في القسمة بأي شكل كانت عليه هذه القسمة، ولم يشترط القانون شكلا خاصا لهذه المعارضة، إنما قد يكون من الأجدى أن يتم توجيه اخطار من الدائن بواسطةالمحكمة المختصة عن طريق كتاب مسجل أو غير مسجل أو **أن** يكون شفويا [3] وتكون هذه المعارضة في حالة القسمة الرضائية، ولكن يشترط أن تكون المعارضة موجهة إلى جميع الشركاء في المال الشائع باحدى الطرق السابقة ومن ضمنهم الشريك المدين.وبتدخله كطرف ثالث في الدعوى أن كانت القسمة قضائية.

ويكون البحث في موضوع معارضة القسمة كما يلي:

المسألة الأولى: هل تشترط في المعارضة ميعاد معين؟

بخصوص اشتراط المعارضة في ميعاد معين فبعض التشريعات (المصري) لم يشترط ميعاداً معيناً لمعارضة الدائن لمدينه وباقي شركائه فتكون المعارضة بمجرد علم الدائن – كما اشرنا سابقا – بأن للمدين حصة في مال شائع ويراد اجراء القسمة، ويبقى حق الدائن في

---

(1) الطعن رقم 51 لسنة 40 ق –جلسة 1975/4/1، س 26، ص782، عبد التواب، معوض، جزء 4، مرجع سابق، ص728.

(2) العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، ص 76، مرجع سابق.السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، حق الملكية، ج 8، ف565، ص 938.

(3) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج8، ص940، المرجع السابق.

المعارضة إلى أن تتم قسمة هذا المال كون المعارضة تعتبر من الأعمال التحفظية[1] فقد تكـون المعارضة من الدائن نفسه إذا كانت تتوافر فيه الأهلية اللازمة لذلك، وقد تكون عن طريق وليّ الدائن أو وصيه إذا لم تتوافر فيه الأهلية القانونية أو قد تكون عن طريق ورثة الدائن وقد تكون من وكيل الدائن بموجب وكالة تخوله بذلك.

وعند قيام الدائن بإعلام كافة الشركاء أو عن طريق ممثله القانوني فيكون على جميع الشـركاء إدخال الدائن أو من يمثله في إجراءات القسمة رضائية كانت أم قضائية ويشترط عنـد اجـراء القسمة القضائية في هذه الحالة أن يتم ادخال الدائن كشخص ثالث في الدعوى وهي تتبـع فـي إجراءاتها لقانون أصول المحاكمات المدنية[2] . ويكون ذلك بنـاءا علـى طلـب المعتـرض أو المستحق أو بناءا على طلب احد الخصوم أو بناءا علـى قـرار المحكمـة إذا رات ضـرورة للادخال، وهناك من الحالات في القسمة الرضائية لا يشترط أن يقوم الدائن بـاعلام معارضـته للمدين ولباقي الشركاء كون هذه المعارضة قد تحققت، فإذا كان المدين قد رهن حصته الشـائعة للدائن لدى الدائرة الرسمية وقام بالتسجيل حسب الاصول، فيكون لهذا الدائن حق امتيـاز علـى المال الشائع ولا تجري القسمة دون فك هذا الرهن من قبل المدين المرتهن وبذلك يكـون لـدى الشركاء علم بهذه المعارضة من قبل الدائن، فلا يمكن أن تجري القسمة الرضائية وتسجل لـدى

---

(1) السنهوري، احمد عبد الرزاق، حق الملكية، الوسيط، ج 8، المرجع السابق ص 938

(2) المادة (82) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001. والتي تنص علـى مـا يلي: "1- للمحكمة ولو من تلقاء نفسها إخراج أي من المدعى عليهم في الدعوى إذا لم يكن هناك محل لإدخاله، ولها مـن تلقاء نفسها أن تدخل في الدعوى من ترى إدخاله لإظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة. 2- إذا أدخل مـدعى عليـه فـي الدعوى فلا تسري عليه الإجراءات المتخذة فيها إلا من تاريخ تبليغه بلائحة الدعوى". انظر: هزيم، ربحي: مرجع سـابق، ص74-78. وجاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية نقض مدني رقم 2004/22 و 2004/66، و2004/28 قرار رقـم 71 بتاريخ 2004/5/2، مجموعة الأحكام القضائية، ج1، مرجع سابق، ص509. "أن المادة 1/82 مـن قـانون أصـول المحاكمات المدنية التجارية لسنة 2001 نصت بأن "للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تدخل في الدعوى من تـرى ادخالـه لإظهار الحقيقة ولا يجوز للموكل إذا نقلت بالوكالة حق للغير أن يلغي الوكالة أو يقيدها دون موافقة من صدرت لصالحه وذلك أن المادة 11/ ب من القانون رقم 51 لسنة 1958 اعتبرت الوكالة الدورية واجبة النفـاذ بحـق عاقـديها وملزمـة لطرفيها ويلتزم البائع بالتقيد بها ولا يملك أن يجري أي تصرف بالمال غير المنقول موضوع الوكالة، استقر القضاء علـى أن عقد البيع أو عقد الوعد بالبيع الذي يرد على العقار يجب أن يسجل في دائرة تسجيل الأراضي كشرط لانعقاده حسـب نص المادة 16 من قانون تسوية الأراضي والمادة الثانية من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة، أن لائحـة الـدعوى واللائحة الجوابية هي التي تبين نطاق الدعوى من حيث موضعها وسببها وأطرافها".

المرجع الرسمي دون اعلامه من قبل دائرة التسجيل [1]، ويستوي مع هــؤلاء الــدائنين المقيــدة حقوقهم شخص اشترى من شريك جزءا مفرزا من المال الشائع، وسجل عقد البيــع فهذاأيضــا يصبح دائنا بالضمان ومن ثم يجب على الشركاء إدخاله في إجراءات القسمة متى كان قد ســجل عقده، وليس في حاجة إلى توجيه معارضة إلى جميع الشركاء [2] .وبينت المادة 10 من قــانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 على أنــه إذا ظهــر مســتحق لارض اميرية أو موقوفة يتصرف فيها شخص بموجب سند تسجيل و اقام عليها هذا الشخص ابنيــة أو غرسها باشجار واثبت هذا المستحق دعواه باستحقاقه لهذه الارض فانه يجب النظر إلى حالتين:

الحالة الاولى: إذا كانت قيمة الابنية والاشجار تزيد عن قيمة الارض فان الباني يؤمر بان يــدفع قيمة الارض للمستحق ويستمر بتصرفه بها باعتبارها أنها اصبحت ملكه.

الحالة الثانية: إذا كانت قيمة الارض أكثر من قيمة الابنية أو الاشجار فان المستحق يؤمر بدفع قيمة هذه الابنية أو الاشجار وتصبح ملكه.

هذا وتبين المادة 17 من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة [3] أن دعاوى الاستحقاق يشترط اقامتها امام المحكمة المختصة –وذلك في حالة دعوى ازالة الشيوع بالمزاد العلني – قبل الاحالة القطعية لطرح للعقار للمزايدة (البيع بالمزاد العلني)، وبينت أيضا أنه "لا يجوز للمحــاكم سماع دعوى الاستحقاق من المدعي بالاستحقاق بعد الاحالة القطعية للمزايــدة"[4]، إلا إذا كــان لديه معذرة مشروعة واثبت ذلك، إلا أنه إذا لم يكن لهذا المدعي بالاستحقاق أي حق من قريب

---

(1) نقض مدني 2003/15 قرار رقم 37، تاريخ 2003/10/30، صادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله، جــزء اول، ص 490، مرجع سابق، وينص على ما يلي: " إذا كان اعتراض المدين منصبا على اجــراءات دائــرة التســجيل المتعلقة بالمزاد العلني، فلا يسوغ تاخير معاملات المزايدة المنصوص عليها في المادة 6/13 من قانون وضع الأموال غير المنقولة تامينا للدين اما إذا كان الاعتراض منصبا على امور غير اجراءات دائرة التسجيل كايفاء الدين فــان مــن حــق المحكمة اصدار القرار بتاخير معاملة المزاد إذا رات ما يبرر ذلك وارفق بالدعوى الكفالة القانونية "..

(2) انظر المادة 5والمادة 10والمادة 13 من قانون وضع الأموال غير المنقولة تامينا للدين رقم 46 لسنة 1953 والقــانون المعدل رقم 23لسنة 1965. انظر السنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط، حق الملكية، ج 8 المرجع السابق ص 939.

(3) المادة 17، فقرة أولى من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953.

(4) المادة 17 فقرة (2) المرجع السابق.

أو بعيد بالعقار المطروح للمزايدة فانه يلتزم بدفع كافة المصاريف التي تضمن عطل وضرر التأخير عن المزايدة.

ثانياً: أثر تدخل الدائن على معارضة القسمة أو تدخله في إجراءاتها:

يعتبر الدائن منذ معارضته على القسمة الرضائية أو تدخله في إجراءاتها طرفا في القسمة فلا تجوز مباشرة هذه الإجراءات إلا بحضوره، حيث الغرض من هذا الاجراء هو الاطلاع على سير اجراءات القسمة، بما يحقق مصلحته ويحافظ على حقوقه، فمثلا قد تنتهي المفاوضات في القسمة إلى بيع المال الشائع في المزاد العلني إذا لم يكن المال الشائع قابلا للقسمة أو في تعيين خبير، أوتكون القسمة بطريق التجنيب أو التصديق على حكم القسمة فيجب أن تكون هذه الإجراءات جميعها في مواجهة الدائن وحضوره[1] .فإذا كان يوجد أية محجوزات أو رهونات على القطعة فيجب أخذ موافقة الجهة الحاجزة أو الراهنة بظهر عقد الإفراز اما إذ كان محجوزة لدين و لم يتم حضور الجهة الحاجزة فانه لا تتم معاملة الإفراز إلا بعد اعلامه بضرورة اقامة دعوى لدى المحكمة المختصة خلال اسبوع والا يسقط حقه في الاعتراض في المستقبل وتعتبر عدم اقامة الدعوى موافقة على القسمة حسب نص المادة (5) من نظام تسجيل الأراضي رقم (1) لسنة 1953وحسب قانون وضع الأموال غير المنقولة تامينا للدين رقم (46) لسنة 1953. صحيح أن القانون قد كفل للدائن حق التدخل في اجراءات القسمة ولكن لا يجوز أن يمنع مدينه من التصرف في حصته أو أن يستغلها أو يؤجرها أو أن يرتب حقوقاً عينية عليها فان المعارضة أو التدخل ليس من شأنه أن يجعل حصة الشريك المدين غير قابلة للتصرف فيها وهذا ايدته محكمة التمييز الاردنية والمذكور سابقا "ان وجود حجز على بعض حصص العقار المطلوب قسمته لايمنع من اجراء القسمة وازالة الشيوع، إذ أن حق الحاجز يبقى على حصص مدنيه التي

(1) السنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط، حق الملكية، ج8 مرجع السابق ص940. جاء في القرار التمييزي رقم 40 لسنة 1963، صفحة المجلة 167، ج2 "ان وجود حجز على بعض حصص العقار المطلوب قسمته لايمنع من اجراء القسمة وازالة الشيوع، إذ أن حق الحاجز يبقى على حصص مدنيه التي تختص له بنتيجة القسمة " كيرة، حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص482.

تختص له بنتيجة القسمة" [1]، مع احتفاظ الدائن بحقه في الدعوى البوليصية[2]، طبعا إذا لم يتدخل في إجراءات القسمة اما إذا تدخل في إجراءات القسمة فيسقط حقه في هذه الدعوى. اما في حالة إتمام القسمة من قبل الشركاء بالرغم من معارضة الدائن لها أو لعدم دعوته من قبل الشركاء فانه وبهذا الخصوص تنص المادة (842) من القانون المدني المصري على ما يلي "
1- لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ويترتب عليها الزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الاجراءات، والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة [3] ."وعلى ذلك فانه في القسمة القضائية تكون غير نافذة بحقهم ومن دون أن يثبت هؤلاء الدائنون تواطؤ الشركاء أو غش المدين، ولكن يشترط أن يثبتوا بأن هناك ضررا لحق بهم، كأن يكون الشريك المدين قد هرَّب حصته إلى شريك أخر وذلك بالتنازل عنها بموجب عقد بيع وقت القسمة أو عقد تخارج إذا كان المتقاسمون من الورثة ويقصد بالتخارج: هو أن يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم سواء كان هذا الشيء من التركة أم من غيرها، أو أن حصة الشريك المدين اقل من حصته الحقيقية وارتضى بها امام الدائن من عدم المبلغ المستحق، وان المال الشائع بيع بثمن اقل كثيرا من قيمته الحقيقية، وفي حالة تم إثبات هذه الحالات التي تلحق بالدائن ضرراً تعتبر القسمة غير

---

(1) قرار تمييز رقم 40 لسنة 1963، سنة النشر 1963، صفحة المجلة 163، جزء2. وانظرالسنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط جزء 8، مرجع سابق، ص937. انظرسوار، محمد وحيد الدين،حق الملكية في ذاته, ص144,مرجع سابق. كيرة، حسن، أصول القانون المدني، ص482. مرجع سابق.

(2) انظر: هزيم، ربحي: رسالة ماجستير,مرجع سابق، ص59. كيرة، حسن، أصول القانون المدني، ص484، مرجع سابق.

(3) تطابقها المادة (978) من مشروع المدني الفلسطيني، وتطابقها المادة 796 مدني سوري. كيرة، حسن، أصول القانون المدني، ص484، مرجع سابق.

المادة (1045) من القانون المدني الأردني." 1- لدائني كل شريك الاعتراض على القسمة –رضائية كانت اوقضائية وذلك بانذار يبلغ إلى جميع الشركاء إذا كانت رضائية أو بالتدخل امام المحكمة إذا كانت قضئية 2- لا تنفذ القسمة في حق الدائنين إذا لم يدخلهم الشركاء جميعا في جميع الاجراءات ".

نافذة ويعود المال إلى حالته الأولى الشائعة بالنسبة إلى هذا الدائن[1] وتجري القسمة من جديد بناء على طلب احد الشركاء ومنهم دائن المدين الشريك.

ثالثاً: تعويض الدائن عن الضرر الذي لحق به.

إذا رضي الدائن بتعويضه عن الضرر الذي لحق به جراء عدم دعوته للقسمة أو جراء بيع المال الشائع بأقل من قيمته الحقيقية بأن دفع لهذا الدائن الفرق ما بين القيمة الحقيقية لحصة المدين الشريك وما بين قيمة حصته المباعة ورضي بها الدائن فلا يجوز له بعد ذلك أن يطعن بهذه القسمة.

اما إذا دعي الدائن إلى التدخل في إجراءات القسمة ولم يتدخل أو لم يقدم اعتراضه مع علمه بالقسمة، فانه وحسب ما بينه المشرع المصري وفي حالة تحقق الغرض السابق بعدم تدخله رغم دعوته لذلك أو لعدم معارضته مع علمه بالقسمة فلا يحق الطعن لاحقا إلا إذا كان هنالك غش، وبهذا ورد نص المادة (842) مدني مصري كما يلي: "اما إذا تمت القسمة، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش"[2] . ومن هنا لا مسؤولية على الشركاء المتقاسمين في حالة تحقق الغرض المذكور وسواء كان الدائن مقصرا أو غير ذلك فإن هذه القسمة تكون نافذة بحقه أي بحق الدائن إلا إذا قام الدائن وطعن بهذه القسمة التي تمت فيما بين الشركاء ومن بينهم الشريك المدين وتكون طريق الطعن فيها بالدعوى البوليصية في حالة الغش. [3] ويقع عبء الاثبات على الدائن الذي لم يتدخل في هذه القسمة بعد دعوته حسب الاصول، بغض النظر عن الاسباب التي منعته من التدخل في الاجراءات إذا اثبت تواطؤ مدينه مع الشركاء[4].

---

(1) انظر مرسي، محمد كامل، الحقوق العينية الاصلية، ج5، اسباب كسب الملكية، الميراث وتصفية التركة، 1371هـ-1951.السنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط، حق الملكية، ج8المرجع السابق ص 942. الصدة، عبد المنعم فروج، الحقوق العينية الأصلية، دراسة القانون اللبناني والقانون المصري، ص219، مرجع سابق.

(2) مطابقة لنص المادة (978) من المشروع المدني الفلسطيني، ومطابقة للمادة 796مدني سوري.

(3) السنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط، حق الملكية، ج 8، فقرة 570، ص943، مرجع سابق. كيرة، حسن، أصول القانون، مرجع سابق، ص484.

(4) افندي، إبراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف، مرجع سابق، ص250-251.

المطلب الثالث: الخيارات التي يعطيها عقد القسمة للشركاء

هناك خيارات ما بين القسمة الرضائية وما بين القسمة القضائية وهذه الخيارات تعطى للشركاء فيها وذلك من خلال شروط كل منها ومن خلال اسمها الذي يدل على الرضاء وهو شرط من شروطها بحيث لا تصح القسمة من دونه، وعليه سندرس هذه الخيارات في الفرعيين التاليين:

الفرع الأول: مدى إلزامية عقد القسمة الرضائية للشركاء

ابتداء يشترط في القسمة الرضائية الإجماع من قبل جميع الشركاء على اجراء القسمة (كما سبق ذكره) وعليه فإن حصل هذا الإجماع فإن القسمة تتم ما بين الشركاء أو ما بين من ينوب عنهم بذلك، وبالطريقة التي يرونها مناسبة لهذا الغرض[(1)]، وهذا ما اوضحته المادة (834) مدني مصري والمادة (972) من مشروع القانون المدني الفلسطيني ومجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني)، وتنص المادة 27 فقرة 1 من قانون الأراضي الفلسطيني على ما يلي: "للشركاء في الأرض المملوكة على الشيوع أن يقتسموا هذه الأرض بالطريقة التي يرونها"[(2)].

أما إذا لم يكن هناك إجماع من قبل جميع الشركاء فلا نكون امام قسمة رضائية وهنا قد يلجأ الشركاء إلى قسمة أخرى وهي القسمة القضائية. وبهذا الخصوص ورد نص المادة (1040) من القانون المدني الإردني على ما يلي: (يجوز لمن يريد الخروج من الشيوع، ولم يتفق مع باقي شركائه على ذلك أن يطلب القسمة القضائية) وجاءت المادة الخامسة من قانون تقسيم

---

(1) إذا صدر حكم قطعي بالموافقة على قسمة رضائية بتخصيص قطعة ارض للمميز وقطعة اخرى للمميز ضده فلا يقبل ادعاء المميز بان له حصصاً في القطعة الاخرى لانه ادعاء ضد ما هو ثابت قانوناً وللتناقض مع دعوى ثانية صدر فيها حكم قطعي اقامها المميز بطلب منع معارضة المميز ضده له وادعى فيها أن حصص المميز ضده قد انتقلت إلى القطعة الاخرى. رقم القرار: 391 / 1964، لسنة:1964 صفحة رقم: 186. نصت المادة 1158من المجلةعلى أن:" إذا جرى الاقتراع اثناء القسمة على أكثر الحصص مثلا وبقيت واحدة واراد احد الشركاء الرجوع ينظر فإذا كانت قسمة رضاء فله الرجوع و إذا كانت قسمة قضاء فلا رجوع".انظر شنيور، عبد الناصر محمد، الاثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، دار النفائس للنشر والتوزيع الاردن، طبعة أولى، 2005، ص125. كيرة، حسن، أصول القانون المدني، ص482-483، مرجع سابق.

(2) مطابقة للمادة 834 مدني مصري والمادة 972 مشروع مدني فلسطيني.

الأموال غير المنقولة المشتركة[1] لتنظيم أسلوبين لإجراءات القسمة الرضائية " الأول حق الشركاء أنفسهم لإجراء التقسيم على النحو الذي يحلو لهم، ويفوضون في الثانية منهما دائرة التسجيل لإجرائها[2].

وعليه فان إلزامية عقد القسمة تتحقق بتحقق شروطه ولا يستطيع احد الشركاء منفرداً الاحتجاج بعدم قبوله لهذه القسمة إذا تم تسجيلها لدى المرجع المختص[3]، وعليه فان عقد القسمة لا ينهي حالة الشيوع في حال عدم إجماع الشركاء عليها وتسجيلها.

أما في حالة الاتفاق الجزئي على القسمة فلقد اعتبر القضاء المصري أن عقد القسمة الذي يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلا وهو وان كان لا يصلح للاحتجاج به على من لم يوقعه إلا أنه يعتبر ملزما لكل من وقعه، ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف احد الشركاء عن التوقيع، إذ تنصرف آثار العقد إليه وللخلف العام بعده، حيث يظل العقد قائما وللشريك الذي لم يوقعه، الحق في إقراره متى شاء فينصرف أثره إليه[4] وقد درجت المحاكم على اعتبار عقد القسمة الذي لم يوقع من جميع الشركاء ليس باطلاً[5] ويستطيع هذا الشريك

---

(1) رقم (48) لسنة (1953)

(2) سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، مرجع سابق، ص 142، اللمساوي، مرجع سابق، هامش ص 348. انظر المادة 17 من قانون الأراضي التي تنص على ما يلي: "لا يمكن تقسيم الأراضي بدون إذن وانضمام معرفة مأموراه وبدون حضور المتصرفين بها أو وكلائهم الشرعيين وإذا بالافتراض جرت القسمة بدون ذلك فلا تعتبر تلك القسمة".

(3) المادة 16 من قانون الأراضي العثماني، بعد أن تكون قسمات الأرضون على الوجه المبين بالمادة السابقة وكل من المشتركين عين الحدود وضبط حصته على حدة وتصرف بها فلا يقدر البعض منهم أن يلغي القسمة السابقة ويندبهم إلى اعادة القسمة".

(4) انظر كيره، حسين، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، هامش ص 465. تمييز رقم 169، سنة1961، صفحة 540، جزء 1، سنة النشر1961 "ان القسمة القضائية تعتبر صحيحة وملزمة للشركاء ولو لم يتم تسجيلها لدى المرجع المختص.

(5) طعن رقم (78) لسنة 22 ق– جلسة 1955/5/19 " عقد القسمة النهائية الذي يوقفه بعض الشركاء لا يعتبر باطلاً لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يعتبر ملزماً كل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف احد الشركاء عند التوقيع بيظل العقد قائماً للشريك الذي لم يوقعه أن يقره متى شاء". "القسمة ملزمة لمن اجراها، ولو لم تسجل في السجل العقاري، لأن العقد شريعة المتعاقدين (قر170 تا 1968/6/19 المحامون عدد 10و11 لعام 1968 ص302 رقم 399)، سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، المرجع السابق، هامش ص 143.انظر بهذا المعنى، الجمال، مصطفى، نظام الملكية، في القانون اللبناني والمقارن، جزء اول، حق الملكية، مرجع سابق، ص262–263.انظر بهذا المعنى مراد، عبد الفتاح، دعاوى بيع العقارات، شرح تفصيلي للاجراءات العملية لدعاوى بيع االعقارات في قانون المرافعات والقانون المدني وقانون الحجز الاداري، يطلب من المكتبات الكبرى، 1995، ص398.انظر الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، مرجع سابق، ص 234. السنهوري، حق الملكية، ج8، ص893. مرجع سابق.

الذي لم يحضر القسمة ولم يوقعها عند إجراءها فله بعد ذلك إقرار هذه القسمة والتوقيع عليها لاحقاً، ويكون لورثته من بعده اجازة هذه القسمة والاقرار بها عن مورثهم وتكون عندئذ ملزمة للجميع حيث يعتبر "عقد القسمة من العقود التي لا لشخصية عاقديها اعتبار في إبرامها لأنها لو لم تتم بالرضا جاز إجراؤها قضاء ولا يحول دون مباشرة الورثة لهذا الحق كون العقد الذي لم يوقعه احد الشركاء ممن اختص بنصيب مفرز فيه يعتبر بمثابة إيجاب موجه إلى ذلك الشريك فلا خلافة منه إذ هو في قصد من وقعه إيجاب لا لشخص الشريك الأخر بالذات بل لكل من يتملك نصيبه، ومن ثم فإنه لا ينقضي بموت ذلك الشريك"[1]، اضافة إلى ذلك فان عقد القسمة يعتبر من العقود التي يجوز التوكيل بها، فإذا اقر الوكيل عن الشريك الغير الذي لم يكن طرفا في هذه القسمة الجزئية فان القسمة تلزم هذا الشريك باقرار وكيله مما يعني أن عقد القسمة ليس لشخصية عاقديه أي اعتبار إذا كان هناك من يمثلهم.

الفرع الثاني: جواز فسخ عقد القسمة الرضائية والطعن به وحالاته:

اوضحنا أن عقد القسمة ملزم لأطرافه (وهم الشركاء المتقاسمون) وكما سبق ذكره، إذا ما تحققت شروط القسمة من إجماع وحضور وأهلية والتسجيل إلا أنه وفي نفس الوقت وحفاظا على حقوق بعض الشركاء الذين لحق بهم ضرر جراء قسمة المال الشائع، بطريقة الغش أو غبن أو طريق أخر قد لا يلتفت إليها المتقاسم وقت القسمة، لسبب أو لاخر، وحيث أن القسمة الرضائية عقد كسائر العقود، فانه تسري عليه أحكام سائر العقود من حيث طرق ووسائل واسباب الطعن فإن وجوه الطعن فيها هي نفس وجوه الطعن في العقد.

ومن الحالات التي يجوز الطعن بها في القسمة الرضائية ما يلي:

الحالة الأولى: قد يطعن في القسمة الرضائية (الاتفاقية) بالبطلان المطلق، كما إذا وقعت قسمة اتفاقية بين الورثة قبل موت المورث، فهذا العقد يكون باطلا، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن فيه بالبطلان[2].وقد تبطل القسمة لاستحقاق المال الشائع وبهذا الخصوص جاء نص المادة

---

(1) كيرة، حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، هامش ص 465.

(2) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج2، ص660. مرجع سابق.

(1052) من القانون المدني الإردني على أنه "تبطل القسمة إذا استحق المقسوم كله أو جــزء شائع منه ويتعين حينئذ اعادة القسمة فيما بقي منه " وهو نفس الحكم الــذي جــاءت بــه مجلــة الأحكام العدلية في المادة (1125) منها والتي تنص على ما يلي " يشترط أن يكــون المقســوم ملكا للشركاء حين القسمة فلذلك لو ظهر مستحق لكل المقسوم بطلت القسمة وكذلك لــو ظهــر مستحق لجزء شائع من المقسوم كنصفه أو ثلثه بطلت القسمة ويلزم تكــرار تقســيم المقســوم، ونستطيع أن نرى أن الحكم الذي جاءت به المادة 1052 مدني اردني مقارنة مع اصلها المــادة 1125من المجلة هو حكم ناقص وذلك لعدم ذكر حالة الاستحقاق لجزء مفرز كما هو في حكــم المجلة، على كل حال فإذا ظهر مستحق لحصة واحدة من اصل حصتين مــثلا بطلــت القســمة وتكون الحصة الباقية مشتركة بين اصحاب الحصص الاخرين و إذا ظهر مستحق لمقدار معــين في حصة أو لجزء شائع منها فيكون صاحب تلك الحصة مخيرا أن شاء فسخ القســمة أو عــدم فسخها[1]، ويرجع بمقدار نقصان حصته على صاحب الحصة الاخرى، فعلى سبيل المثال: لــو قسمت عرصة[2] مساحتها مائة وستون ذراعا إلى قسمين فظهر بعد التقســيم مســتحق لنصــف حصته، فلصاحب الحصة أن شاء فسخ القسمة وان شاء رجع على شريكه بربع حصــته يعنــي ياخذ من حصته محل عشرين ذراعا و إذا ظهر مستحق لمقدار معين من كل حصة فإذا كانــت الحصص متساوية فلا تفسخ القسمة، و إذا كانت حصة احدهما قليلة وحصة الأخر كثيرة فيعتبر مقدار الزيادة فقط ويكون كانما ظهر مستحق لمقدار معين في حصة واحدة ويكون مــن اصــاب حصته اكثرية الاستحقاق مخيرا كما مر سابقا أن شاء فسخ القسمة وان شاء رجع على شــريكه بمقدار النقصان "، واكدت المادة (35) من مشروع قانون الأراضي الفلســطيني علــى الحكــم السابق فنصت على ما يلي " 1- إذا استحقت الارض المملوكة على الشيوع جميعهــا تنفســخ القسمة 2- إذا وقع الاستحقاق على جزء شائع من الارض وجب اعادة القسمة فيما بقي منهــا "

(1) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج2، ص658، المادة 1046.

(2) العرصة: الأرض الخالية من البناء.

وهو نفس الحكم الذي جاءت به المجلة العدلية. وقد تبطلأيضا قسمة الفضولي إذا لم يجزها الشركاء قولا أو فعلا وهذا ما نصت علية المادة (1053) من القانون المدني الاردني[1].

الحالة الثانية: قد يطعن في القسمة الاتفاقية بالابطال لنقص الأهلية، وعلى هذا فإن قانون تسجيل الأموال غير المنقولة في المادة (8) [2] قد بين أن الأراضي التي تمت بها اعمال التسويةلا يجوز الطعن بها باي حال من الاحوال وان من له أي حق على العقار الذي تمت تسويته أن يدعي بالتعويض، وقد بينت المادة (8/ج) من القانون المذكورعلى جواز اقامة الدعوى على أي شخص من الاصول أو الفروع أو الغير سجلت وسويت هذه الارض باسمه لدى المحكمة المختصة وذلك في حالة كان هناك غائب اومجنون ومعتوه اوقاصر.وقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالابطال لعيب من عيوب الإرادة، فإذا وقع الشركاء مثلا في غلط جوهري في قيمة احد أعيان الأموال الشائعة فقدرت قيمتها بأقل من الحقيقة أو بأكثر منها إلى حد كبير، جاز للشريك الذي وقعت في نصيبه هذه العين إذا قدرت بأكثر من قيمتها أو للشركاء الآخرين إذا قدرت بأقل من قيمتها طلب أبطال القسمة الاتفاقية للغلط[3]. والبطلان المطلق يرجع إلى تخلف ركن من اركان العقد..[4] وكذلك قد يطعن بإبطال القسمة الاتفاقية بسبب التدليس أو الإكراه وقد نصت المادة (981) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على هذا الحكم [5] .

---

(1) انظر العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية، دراسة مقارنة، 1999، مرجع سابق، ص77.انظر المادة (983) مشروع مدني فلسطيني وتنص على:" تجوز قسمة الفضولي وتنعقد موقوفة على اجازة الشركاء في المال المقسوم صراحة أو ضمنا.

(2) قانون تسجيل الأموال غير المنقولة التي لم يسبق تسجيلها، قانون رقم 6 لسنة 1964

(3) انظر: كيرة، حسن، الحقوق العينية الأصلية، ص469. مرجع سابق. انظر: النقض رقم 11 مايو 1944، مجموعة قواعد النقض المدنية في 25 عاماً، قسمة رقم 22، ص887، نقلاً عن كيرة، حسن، الحقوق العينية الأصلية هامش ص469. مرجع سابق.

(4) السنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط، ج8، مرجع سابق، ص 898 –899.

القره داغي، علي محيي علي، مبدا الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني (الروماني والفرنسي والانجليزي والمصري والعراقي) الجزء الأول، دار البشائر الاسلامية، الطبعة الثانية، بيروت –لبنان، 1423هـ–2002ص373.

(5) 1– يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا اثبت احد المتقاسمين أنه قد لحقه منه غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة. 2– ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة وللمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد، إذا أكمل للمدعي نقداً أو عينا ما نقص من حصته. مطابقة للمادة 845 مدني مصري. كيرة، حسن، الحقوق العينية الأصلية، ص469، مرجع سابق.

الحالة الثالثة: اعطى المشرع الحق للمتقاسمين حق إبطال القسمة إذا اجمعوا على ذلك وان تتم مرة أخرى وبالطريقة التي يرونها مناسبة، فإذا كانت هذه القسمة تتم بالإجماع والرضاء فمن الأولى أن يتم إبطالها أي اقالتهايضا بنفس الطريقة التي اجمعوا عليها عند القسمة فان المادة 1048 من القانون المدني الإردني بينتأيضا طريقة الرضا في فسخ عقد القسمة الاتفاقية وذلك بعد موافقة الشركاء جميعاً على اقالة القسمة وفسخ القسمة واعادة المقسوم مشتركا بينهما كما كان، وهو نفس الحكم الذي يجري على عقد البيع جواز فسخ العقد بالاقالة[1].

الحالة الرابعة: قابلية القسمة للابطال ونقدها بسبب الغبن: فقد يلحق بعض المتقاسمين كما ذكرنا سابقا عيب من العيوب التي تبطل هذا العقد الرضائي، وجاء القانون المدني المصري في النص السابق أن القسمة تنقض وتعتبر قابلة للابطال إذا لحقه غبن[2] ويلاحظ أن الغبن إذا وقع في القسمة الرضائية تكون قابلة للابطال وهذا لا يكون في القسمة القضائية ويشترط أن الغبن يزيد على الخمس حسب ما جاء في المادة السابقة، فإن كان قيمة الغبن اقل من خمس قيمة المقسوم فلا تسمع دعوى الغبن[3].

وكون الغبن في ذاته عيب في عقد القسمة يجيز نقضها فإذا وقع الغبن وكان يزيد عن الخمس وقت القسمة، فالغبن وحده كاف لجعل عقد القسمة قابلا للابطال بناء على طلب الشريك المغبون الذي وقع الغبن بحقه[4] . وان عبء إثبات الغبن يقع على المغبون اما في حالة أن أجاز الشريك الذي وقع الغبن في حصته القسمة الرضائية صراحة اووضمنياً و رضى بها بعد علمه بالغبن الذي وقع في حصته فإن هذا العقد يعتبر غير قابل للنقض[5].

---

(1) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج2، ص658، المادة 1048 والمذكرة الإيضاحية.

(2) تنص المادة 981 من المشروع المدني الفلسطيني على أن:" يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا اثبت احد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة ما لم يكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته ". انظر المادة 128 من المشروع المدني الفلسطيني.- انظر فرج، توفيق حسن، الحقوق العينية، ص224-226، مرجع سابق. انظر الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، مرجع سابق، ص 237.

(3) كيرة، حسن، الحقوق العينية الأصلية، ص473، مرجع سابق.

(4) سنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط، ج8، مرجع سابق، فقرة (546) ص 901. انظر العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية، دراسة مقارنة، 1999، مرجع سابق، ص78.

(5) كيرة، حسن، الحقوق العينية الأصلية، ص474، مرجع سابق.

والغبن قد يقع نتيجة للغلط في قيمة الشيء ويكون عقد القسمة قابلاً للابطال بسبب الغلط إذا توافرت شروطه وكذلك قابلا للنقض إذا توافرت شروط الغبن، وقد يقع خطأ في الحساب عند القسمة فلا يكون سبباً لا للابطال للغلط ولا للنقض للغبن ولكن يجب تصحيحه ولو كان الغبن الذي ترتب عليه الخمس أو اقل، ونصت المادة (36) من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني على ذلك بانه: " يجوز فسخ القسمة الحاصلة بالتراضي إذا اثبت احد الشركاء أنه قد لحقه من جراء القسمة غبن يزيد عن الخمس، وتكون العبرة في التقدير بقيمة الارض وقت القسمة ".[1] .

وقد وضع مقدار الغبن الخمس أسوة بالعيب في بيع عقار القاصر لأن الخمس هو المقدار المألوف في الغبن في الشريعة الإسلامية[2] . وهذا ماأكدته المادة (845) من القانون المدني المصري والتي تنص على ما يلي: (يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا اثبت احد المتقاسمين أنه قد لحقه غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة) .

فمثلا إذا كان قيمة المال الشائع تقدر ب (5000) دينار وكان هناك شركاء خمسة بحصص متساوية فالواجب أن تكون حصة كل واحد منهم هي (1000) دينار فإذا كانت حصة احدهم هي (800) دينار وما فوق فلا يعتبر هذا الشريك مغبونا كون خمس حصته هي (200) دينار فإذا زادت قيمة الغبن عن (200) دينار يستطيع أن ينقض القسمة للغبن الذي لحقه في حصته كان تكون حصته مثلا (800) دينار أو اقل، وقد تكون القسمة في اموال متعددة مثل عمارة أو ارض فإذا كان مجموع ما أصابه من غبن في جميع هذه القسمة يزيد عن الخمس من حصته فانه يستطيع نقض هذه القسمة بسبب الغبن و إلا فلا تكون النسبة التي إصابته من غبن ضمن النسبة القانونية التي لا تستطيع الاحتجاج بنقض القسمة لأجلها.

---

(1) انظر بهذا المعنى: السنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط، حق الملكية، ج8، المرجع السابق، ص 902. كيرة، حسن، الحقوق العينية الأصلية، ص472، مرجع سابق.

(2) السنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط، حق الملكية، ج8، المرجع السابق، ص 903.

" ويتضح أن نقض القسمة للغبن لا يكون إلا في القسمة الاتفاقية، كون كل الاحتياطـــات في القسمة القضائية قد اتخذت لمنع الغبن فيها[1] وايضا لا يسري حكم نقض القسمة للغبن على قسمة المهايأة[2] .

وعليه إذا وقع الغبن في القسمة يزيد على الخمس، فيكون غبناً جسيماً (فاحشاً)، كـــان هذا عيباً كافياً بذاته لطلب نقض القسمة فهذا العيب يجعل عقد القسمة قابلا للابطـــال، فالمشـــرع يقيم الغبن على اساس مادي بحت[3] .

وعلى ذلك لا يشترط لنقض القسمة بالغبن أن يكون الغبن الحاصل فـــي القســـمة نتيجـــة لاستغلال طيش بين أو هوى جامح من الشريك المغبون كما تتطلـــب المـــادة (1/129) مـــدني مصري في الغبن الذي يقع في العقود الأخرى، أي بمعني أن الطالب في العمل أن يكون هـــذا الغبن قد وقع نتيجة لغلط في قيمة الشيء، وعندئد يكون عقد القسمة قابلاً للأبطال إذا تـــوافرت الشروط المنصوص عليها في المادتين(120) مدني مصري، وكذلك قابلاً للنقض إذا تـــوافرت شروط الغبن[4]، ويقع الغبن دون أن يكون هناك غلط أو تدليس أو اكـــراه[5] أمـــا الخطـــأ فـــي الحساب فلا يكون سبباً للابطال للغلط، ولا للنقض بالغبن، والخطأ في الحساب يجب تصحيحه ايا كان مقدار الخطأ (م 123 مدني مصري) [6] ويجوز نقض القسمة للغبن سواء كـــان الشـــريك المغبون قاصراً أو رشيداً[7] حيث أن فكرة نقض عقد القسمة للغبن على فكرة تحقيـــق المســـاواة والعدل بين المتقاسمين، ومن هذا المنطلق اختلفت أحكام الغبن في القسمة عن أحكام الغبن فـــي

---

(1) البكري، محمد عزمي، قسمة المال الشائع، واحكام دعوى الفرز والتجنيب، فقها وقضـــاءا، ط6.1998، دار محمـــود للنشر والتوزيع.

(2) الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص 254

(3) عرفت المادة 146من القانون المدني الارني:الغبن الفاحش في العقار وغيره" هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين".

(4) الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق، ص 254

(5) البكري، محمد عزمي، قسمة المال الشائع واحكام دعوى الفرز والتجنيب فقها وقضاءا،، مرجع سابق، ص 87.

(6) السنهوري، احمد عبد الرزاق، الوسيط، حق الملكية، ج8، مرجع سابق، ص 1195. تطابقها المادة 156 مدني اردني. انظر الطعن رقم 910 لسنة 49ق – جلسة 1983/3/22، عبد التواب، معوض، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، جزء اول، ط4، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص399.

(7) البكري، محمد عزمي، قسمة المال الشائع واحكام دعوى الفرز والتجنيب فقها وقضاءً،، مرجع سابق، ص 88

بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية إذا كان الغبن يزيد على الخمس[1] كما جاء في المادة (425) مدني مصري)، فعلى خلاف ما هو مقرر في هذا البيع لا يشترط أن يكون محل القسمة عقاراً، ولا أن يكون المتقاسم المغبون غير كامل الاهلية[2] ومن هنا نرى أنه إذا كان الغبن يزيد عن الخمس في القسمة الرضائية فان القسمة تبطل وهو ماينطبق على العقد البيع مما يؤكد أن ما يجري على عقد القسمة يجري في عقد البيع سواء في الفقه أو في القانون الوضعي ومنه القانون المدني المصري الذي نأدى باحادية الأثر المترتب على القسمة وهو الأثر الكاشف.

ولقد بينت المادة 165 من مجلة الأحكام العدلية درجات الغبن الفاحش حيث ورد النص كما يلي: "الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة، اما المادة 356 وما بعدها من المجلة، والمواد 1127، 1160 منها. فهناك رأيان في المذهب الحنفي:الاول-لا تنتقض القسمة ولا يلتفت للإدعاء لانها في معنى البيع، فلو حصل غبن في بيع شخصين ورضي به المغبون عند البيع فليس له الرجوع في ذلك البيع. والثاني- تنتقض القسمة بالغبن الفاحش لانه لم يتحقق العدل فيها، فقد رضي بحصته من القسمة الرضائية لانه يعتقد العدل في القسمة، فإذا تبين عكس ذلك نقضت القسمة"[3].

وبهذا الخصوص نص المادة 1050 من القانون المدني الإردني على ما يلي:

(1- يجوز لمن لحقه غبن فاحش في قسمة الرضا أن يطلب من المحكمة فسخ القسمة واعادتها عادلة.2- وتكون العبرة في تقدير الغبن بقيمة المقسوم وقت القسمة.)

---

(1) منصور مصطفى منصور، مرجع سابق. ص 185. البكري، محمد عزمي، قسمة المال الشائع واحكام دعوى الفرز والتجنيب فقها وقضاءً، المرجع السابق، ص 88

(2) إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية، وكان في البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع "

(3) الحصكفي، علاء الدين محمد بن علي، حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج9، ص420-422، مرجع سابق.

- انظر: عبد الناصر شنيور، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص83.

وايضا فان الغبن الفاحش طبقا للمادة 146 مدني اردني هو: "ما لايدخل تحت تقويم المقومين ". وقد حدد المشرع المصري كما ذكرنا سابقا أن قيمة الغبن التي تجيز فسخ القسمة بالخمس واكدت على ذلك في قرارت محطمة النقض المصرية ما يلي: "جعلت المادة 845 من القانون المدني من الغبن الذي يزيد على الخمس عيباً في عقد القسمة يجيز بذاته طلب نقضها، ومن ثم فإذا وقع في القسمة غبن بالمقدار الذي حدده القانون، جاز للشريك المغبون أن يرجع على باقي الشركاء بالغبن حتى ولو كان سبب الاستحقاق قد استبعد في عقد القسمة من أن يكون سبباً للرجوع بالضمان، وذلك تحقيقاً للمساواة بين المتقاسمين، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وذهب إلى أن اسقاط الطاعنة حقها في الضمان بالنسبة لحصتها في العمارة يترتب عليه سقوط حقها في طلب نقض القسمة للغبن فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون"(1) .

نرى أن المشرع المصري في المادة 845 قد حدد الغبن ما يزيد عن الخمس لنقض القسمة بينما المشرع الإردني قد حدد أن يكون الغبن فاحشا وهي مسالة تقديرية للقاضي، واعتقد أن الغبن في القانون الإردني لا يقل عن الخمس.

الحالة الخامسة: فسخ القسمة لوجود دين على التركة:

قد تفسخ القسمة لوجود دين على التركة بعد وفاة المورث فقد نصت مجلة الاجكام العدلية في المادة (1161) والتي تنص على: (إذا ظهر دين على الميت بعد تقسيم التركة تفسخ القسمة إلا إذا أدى الورثة الدين أو ابراهم الدائنون منه أو كان لميت مال أخر غير المقسوم واوفى الدين منه فعند ذلك لا تفسخ القسمة)، وهذا ما أكدته المادة 1046من القانون المدني الإردني على ما يلي: (إذا ظهر دين على الميت بعد تقسيم التركة تفسخ القسمة إلا إذا أدى الورثة الدين أو أبراهم الدائنون منه أو ترك الميت مالا أخر غير المقسوم وسدد منه الدين) .

وقد شرعت هذه المادة لحماية الدائنين الذي لا يعلمون بتقسيم التركة بعد وفاة المورث، ولا خلاف في أن الدين مقدم على الإرث فإذا كان هذا الدين أكثر من العقار المراد قسمته، فلا تركة

---

(1) طعن رقم 359لسنة 34ق، جلسة 1968/12/5س 19ص 1480، والطعن رقم 51لسنة 40ق –جلسة 1975/4/1س26ص728، عبد التواب، معوض، جزء4، ص 325، مرجع سابق

و إذا لم يكن محيطا منع الورثة من التصرف في التركة أو قسمتها حتى يؤدي الدين من ثم فـــإن القسمة تفسخ إذا ظهر دين على الميت بعد القسمة إلا إذا أدى الورثة الدين أو أبرأهم الـــدائنون منه أو كان للميت مال أخر غير المقسوم وسدد منه الدين، وقد تفسخ القسمة لأسباب اخرى وهي ظهور موصى له أو وارث آخر[1].

---

(1) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المادة 1046، ص658. انظر المادة 161 من مجلة الأحكـــام العدليـــة. قدادة، خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، مرجع سابق، ص275–280.

الفصل الثاني

القسمة الرضائية إجراءاتها وآثارها

الفصل الثاني

القسمة الرضائية إجراءاتها وآثارها

المبحث الأول: إجراءات القسمة الرضائية

لقد حدد القانون إجراءات معينة ينبغي مراعاتها لإجراء القسمة الرضائية كون هذه القسمة كما أسلفنا هي إفراز وتعيين حصة كل من المشتاعين من المال غيرالمنقول وهذه الإجراءات قد تكون مادية و/او قانونية فالإجراءات المادية التي تقع على ارض الواقع أي على العقار نفسه من تحديد لهذه الحصة باوتاد حديدية أو سلاسل حجرية أو اسمنتية ومن الإجراءات القانونية مسحها وبيانها على أوراق رسمية يعتد بها امام الدوائر الرسمية وهذه الإجراءات تقع على جميع أنواع العقار بلا استثناء إذا كان قابلا للقسمة وبقسمته لا تفوت منفعته على الشركاء، وهناك طرق بينها القانون وبغيرها فإن هذه القسمة تكون ناقصة يجب إكمالها.

وعند اكتمال متطلبات معاملة التقسيم والافراز بين الشركاء يتم تقديم المعاملة امام دائرة التسجيل وفق الشروط التي تم ذكرها ليقوم مامور التسجيل بإجراءاته التي تضمن لكل متقاسم حصته المتفق عليها ويختص بها دون باقي الشركاء ويحصل على سند تسجيل بتلك الحصة، وقد تكون المقاسمة امام المحكمة حسب لشروط السابقة، وان المحكمة المختصة في نظر دعاوى القسمة هي محكمة الصلح حيث نصت المادة 39 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني[1]، على ما يلي:"تختص محكمة الصلح بالنظر فيما يلي:- 2- الدعاوى الاتية مهما بلغت قيمتها:-

أ- تقسيم الأموال المشتركة المنقولة وغير المنقولة."

وحيث اننا بصدد الحديث عن القسمة الرضائية فان طريقة القسمة الرضائية التي تتم امام المحكمة هي القسمة المتفق عليها بين الشركاء مسبقا وتتم المصادقة عليها من قبل المحكمة وذلك

---

(1) رقم (2) لسنة 2001.نصت االمادة 973 من المشروع المدني الفلسطيني على: " إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء بالحضور أمام قاضي الصلح لإجراء القسمة".انظر المادة 1040 من القانون المدني الاردني.

بعد تقديم كافة المخططات والاتفاقيات المبين فيها اوصاف العقار والحصص المفرزة التي اختص بها كل من الشركاء وتم التوقيع على المصالحة (اتفاقية القسمة) من قبل جميع المتقاسمين أو من يمثلهم، وبإصدار قرار المحكمة على هذه القسمة تكون قد اخذت الصفة النهائية لتنفيذها لدى دائرة تسجيل الأراضي حسب ما جاء في قرارالحكم أن كانت هذه الاراض قد تمت اعمال التسوية عليها أو تنفذ هذه المصالحة امام دائرة ضريبة الاملاك إذا كانت داخل حدود البلدية–اراضي ملك– وفي كلا الحالتين يجب المصادقة على هذا الإفراز من البلدية أو المجلس البلدية أو القروية ليكون هذا الإفراز حسب مخططات التنظيم في البلدية. [1]

وقد يبقى حكم القسمة دون تنفيذ لدى اية جهة إذا كانت هذه الارض خارجة عن منطقة التنظيم –الأراضي الواقعة خارج المدينة والتي لم تحول إلى ملك –ولكن تكون هذه القسمة قد اخذت صبغة قانونية لتصرف كل شريك بجزء مفرز بموجب هذا الحكم.

المطلب الأول: اجراءات القسمة الرضائية في العقار:

تنص المادة (5) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48لسنة 1953 على طريقتين للقسمة الرضائية كما يلي:

اولا: إذا اتفق جميع الشركاء على قسمة مال غير منقول فيحق لهم:ان يجري التقسيم فيما بينهم على الوجه الذي يرونه ويتفقون عليه ثم يحضرون إلى دائرة التسجيل مصطحبين خارطة تبين حصة كل منهم مفرزة من غيرها ويقرون امام الموظف المختص في دائرة

(1) " أن صلاحية المجلس البلدي فيما يتعلق بمعاملات تقسيم الأراضي الواقعة داخل حدود البلدية وافرازها مقصورة على مراقبة مطابقة مخططات التقسيم والافراز لمخططات التنظيم بصفته لجنة تنظيم محلية وليس له صلاحية مراقبة معاملات التقسيم والافراز من حيث الكيفية التي تتم بها لا من حيث المساحة ولا من حيث الشكل الهندسي، ما لم يتعارض ذلك مع مخططات التنظيم لأن هذه الامور من اختصاص قاضي الصلح في القسمة القضائية ومن حقوق الشركاء وصلاحيات دائرة تسجيل الأراضي في القسمة الرضائية وعليه وبما أن المجلس البلدي قد الغى موافقته السابقة على عملية الإفراز والتوحيد بسبب عدم موافقة المستدعى ضده الثالث عليها لا بسبب مخالفتها لاحكام التنظيم فيكون المجلس بذلك قد تعرض إلى امور تخرج عن اختصاصاته التنظيمية المنصوص عليها في المواد (9/2/ب) و (28/1) و (29) من قانون تنظيم المدن والقرى والابنية رقم 79 لسنة 1966 وبالتالي يكون قراره معيبا بعيب عدم الاختصاص ومخالفا للقانون وحقيقا بالالغاء". رقم القرار: 16 / 1994 المنشور في المجلة، لسنة 1995: صفحة رقم: 612.انظر العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية، دراسة مقارنة، 1999، مرجع سابق، ص68–70.

التسجيل صحة المعاملة وموافقتهم على القسمة وفق الخارطة التي أبرزوها، وعندئذ يعطي لكل منهم سند بتصرفه مستقلا.

ثانيا:- أن يراجعوا دائرة التسجيل طالبين إليها أن تتولى معاملة التقسيم وعندئذ يذهب الموظف المختص مصطحبا معه احد المهندسين أو المساحين وبعد الكشف بحضور الشركاء على المحل المطلوب تقسيمه تجري معاملة التقسيم على الوجه المبين الآتي إذا ظهر أن ذلك المحل قابل للقسمة.

يتين من المادة السابقة أن هنالك حالتين من الرضا والإجماع فيما بين الشركاء على القسمة الأولى أن يقوموا بها بأنفسهم ومن ثم إحضار الخرائط التي تم الاتفاق عليها فيما بينهم إلى دائرة التسجيل لاتمام معاملة الإفراز والثانية أن يتم تكليف " الطلب" من دائرة التسجيل اجراء القسمة على ما تم الاتفاق عليه، وهناك حالة ثالثة وهي:

ثالثا:- ويرى الباحث أنه قد تتحقق حالة أخرى من الرضا وهي إذا اتفق جميع الشركاء على قسمة مال غير منقول فيما بينهم، بعد أن يقوموا بتحضير المخططات اللازمة ويقوموا برفع دعوى صورية امام المحكمة المختصة، ومن ثم يتم الاتفاق فيما بينهم على القسمة بموجب اتفاقية قسمة مبينة الحصص المفروزة التي اختص بها كل واحد من المتقاسمين، وعادة يلجا إلى هذه الطريقة لاعطاء القسمة صبغة قانونية -كما ذكرنا – في الأراضي التي لم تنته اعمال التسوية فيها، وقد يقوم الفرقاء فيما بعد باجراء اعمال التسجيل الجديد امام دائرة الطابو وذلك لتتم اعمال الطابو منذ البداية بتسجيل كل حصة مفرزة لكل شريك، لياخذ سندا مستقلا عن باقي الشركاء في الحصة المفرزة.

وان هذه الحالات الثلاثة للقسمة الرضائية المذكورة تنطبق على المال غير المنقول إذا كان ارضا خالية أو كان مقاما عليها بناء مؤلف من طابق أو عدة طوابق وذلك بالنظرالى انواع الأراضي المشار اليها سابقا.

ويكون البحث باجراءات قسمة العقار في الفروع التالية:-

الفرع الأول: طريقة المسح و الفرز.

بينت المادة (6) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة بشيء من التفصيل الإجراء الواجب إتباعه لإتمام القسمة والإفراز لحصة كل شريك من الشركاء فقد بينت نوع المال المراد تقسيمه وآلية قسمته والإجراء الواجب اتباعه:

" م / 6 – [1] – إذا كان المطلوب تقسيمه ارضا أو عرصه يتبع الترتيب التالي:

أ- يمسح المحل المطلوب تقسيمه بالمتر والدونم، ثم يصار إلى إفراز الحصص بعد تأمين المعادلة بينها من حيث مقدار مساحة كل منها وجودة أو رداءة تربتها وشرف موقعها مع مراعاة أية اعتبارات أخرى تزيد اوتنقص قيمتها كما يجب أن يفرز حق الشرب والمسيل والطريق بحيث لا يبقى لكل حصة تعلق بالأخرى ما أمكن ثم يدعى الشركاء لتقدير قيمة الحصص بالاتفاق فيما بينهم فان لم يتفقوا على ذلك يعين مأمور التسجيل خبيرا أو أكثر لتقدير القيمة.

ب- إذا ظهر في نتيجة تقدير القيمة أن حصة واحدة أو أكثر غير متعادلة من حيث القيمة مع الحصص الأخرى وجب تأمين التعادل بضم شيء من النقد عليها. [1]

ج- بعد إتمام المعاملة وفق ما مر في البندين السابقين، يحرر محضر بالواقع وتربط به خارطة لجميع الحصص.

د- تخصص الحصص المفروزة للشركاء كل بمفرده بالاتفاق أو بالقرعة ثم يدرج ذلك في محضر يوقع عليه ويختمه جميع الشركاء. [2] بحيث يبين حصة كل واحد من المتقاسمين في

---

(1) تنص المادة 2/974 من المشروع المدني الفلسطيني على: " إذا تعذر أن يختص احد الشركاء بكامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه ""

(2) تنص المادة 976 من المشروع المدني الفلسطيني على:" إذا كانت الحصص لم تعين بطريقة التجنيب تجري القسمة بطريق القرعة وتثبت المحكمة ذلك في محضرها ويصدر القاضي حكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز ". نصت المادة 30 من مشروع الأراضي الفلسطيني " إذا افرزت الحصص بالاتفاق تصدر المحكمة حكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز والا تجري القسمة بطريق القرعة وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما باعطاء كل شريك نصيبه الذي افرزته القرعة ".

جدول، ويجب الملاحظة أنه إذا جاء في مخطط الإفراز أن هناك مرافق عامة فان هذه المرافق تاخذ رقما لحصة –كحصة مفرزة – وتسجل هذه الحصة باسم جميع المتقاسمين، اما إذا ذكر في مخطط الإفراز هناك شوارع عامة فانها لا تسجل باسماء المتقاسمين كما هو الحال في المرافق العامة.

2) إذا تعددت المحلات المطلوب تقسيمها واتفق الشركاء على التقسيم يمكن اجراء المعاملة بطريقة قسمة الجمع. (1)

3) إذا كان المال غير المنقول المطلوب تقسيمه مسقفات واتفق الشركاء على تقسيمه، ففي هذه الحالة يتولي مأمور التسجيل العمل وفق ما مر في البند (أ) بعد تقويم الأبنية والتعديل بين الحصص.

وبعد التقسيم والافراز والتعديل تقسم الارض إلى قسائم تحمل ارقاما مؤقتة لحين التسجيل في الصحائف، والمقصود بارقام القسائم المؤقتة هي الارقام الجديدة التي تأخذها القسائم من القطعة الكلية التي تم تقسيمها وذلك بعد تجزأتها إلى عدة قطع (نمر) تأخذ كل من هذه القطع رقم متعارف عليه لدى المساحة ولدى دوائر التسجيل، ويتم عرضها على البلدية ليتم المصادقة عليها وللتاكد من عدم مخالفتها للمخطط الهيكلي للمدينة واللوائح التنظيمية للمدينة(2).

وعلى المساح المقدر أو الخبراء المعنيين عند التقسيم إذا رؤوا أن هناك بناءا على الارض التي تم تقسيمها وقد وقعت على احدى القسائم واختص بها احد المتقاسمين أن يسأل أصحاب العلاقة هل أقيم هذا البناء من مال الشركاء مجتمعين أم أقيم من المال الخاص للشريك الذي اختص بهذه القطعة المفرزة وان يدون جوابهم في تقريره وان يوقع أصحاب العلاقة على ذلك بظهر تقرير كشف لأن الرسوم المقدرة على قيمة هذا البناء اما أن تضاف إلى جميع

---

(1) تتم مثل هذه المعاملة بين الشركاء إذا كانوا مشتركين في عدة قطع بحيث يقبل كل شريك بالانفراد في قطعة معينة لوحده أو في قطعتين فيكون قد جمع كامل حصصه الشائعة في قطعة واحدة.انظر نظام تسجيل الأراضي رقم (1) لسنة 1953.انظر مجموعة تشريعات الأراضي والمساحة، ص417.انظر عناني، بدر عبد الرزاق، قوانين الاراضي، (معاملات الاراضي، ص20،

(2) انظر المادة 9 من قانون تسوية الاراضي والمياه رقم40 لسنة 1952، وتعديلاته. انظر المادة6 من قانون تقيم الأموال غير المنقولة، مرجع سابق.

الشركاء إذا أقيم البناء من مال جميع الشركاء وان يتحملها فقط الشريك الذي أقام من ماله الخاص وعلى المساح أو المخمن أو الخبراء أن لا يغفل عن هذه النقطة لأهميتها[1] ومن ثم يقوم المساح المقدر بعد ذلك بجمع القيمة المقدرة لكامل القطعة وقيمة البناء إذا أقيم من المال الخاص بأحد الشركاء ثم يستخرج ما يخص كل شريك من هذه القيمة وذلك بجمع قيمة القطع التي خصصت للقسمة[2].

الفرع الثاني: كيفية القرعة لاختيار النصيب المفرز

تفرز الحصص بالاقتراع بين الشركاء وتدرج هذه الجهة في المحضر ويكون ذلك بان تفرز الحصص بالنسبة للسهام بعد التعديل ويعلم كل قسم برقم واحد اثنين.. الخ، ثم يكتب اسم كل شريك في ورقة وتطوى بصورة لا يمكن تمييز الواحدة عن اخوتها وتخلط ثم تسحب ورقة وتقرأ فيعطي القسم الأول ذو الرقم (1) إلى الشريك الذي ظهر اسمه، و إذا كان له اجزاء من واحد فاكثر فيعطي حينئذ من الاجزاء المجاورة للجزء الأول ثم يقرع مرة ثانية فيعطي من يظهر اسمه من الاجزاء التي بقيت بعد أخذ الشريك الأول، وهكذا حتى تكمل القرعة والشريك الذي يبقى وحده يأخذ الاجزاء الباقية والحاصل إذا كان الشركاء كثيرين فيقرع حتى لا يبقى إلا شريك واحد، فيأخذ هذا الاجزاء الباقية بعد سحب القرعة بين الشركاء الذين اخذوا سهامهم، وقد شرعت القرعة تطبيبا لقلوب الشركاء ونفياً للتهمة عن القاسم [3] . أما إذا كانت القسمة لا تستلزم القرعة كتقسيم جدار مشترك بين جارين فلا بد أن يعطي كل جار ما جاور داره فلا

---

(1) تنص المادة 963 من المشروع المدني الفلسطيني فقرة (2) إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي ال إلى المتصرف بطريق القسمة، .....) .نصت المادة 22من مشروع الأراضي الفلسطيني على: " إذا تصرف الشريك في جزء مفرز من الارض التي يملكها على الشيوع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيبه انتقل حق المتصرف إلى الارض التي الت اليه بطريق القسمة ".

(2) أن المادة 14/ب من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة المشتركة بينت حكم الشريك الذي يبني في الارض المشتركة، واوضحت أن حكم ذلك البناء يتوقف على نتيجة القسمة سواء الرضائية أو القضائية، لأن المال المشترك مشترك في كل جزء منه. * حيث لم يتم اجراء القسمة والاضرار في هذه القطعة حتى تتبين حصة كل من الشركاء، فان اقامة الدعوى من شريك على باقي الشركاء بمنع المعارضة والتعدي تكون سابقة لاوانها. رقم القرار: 1313 / 2000 المنشور في: لسنة:2000 صفحة رقم: 188/10.

(3) حيدر، علي، شرح المادة (1151)، مرجع سابق. انظر المادة الخامسة فقرة (4) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953.

حاجة إلى القرعة، و إذا لم تكن مثل هذه الضرورة فلا بد من تخصيص الانصباء بالاقتراع للعلة المذكورة كما أنه لا يوجد في عبارة المجلة ما يفيد لزوم اجراء الاقتراع. (1)

الفرع الثالث: العقار القابل للقسمة

تشترط قوانين الأراضي أن تتم معاملة التقسيم لدى دوائر التسجيل المختصة حسب موقع العقار (اختصاص مكاني) وذلك حتى تنتج أثرها فيما بين الشركاء والغير وكذلك حتى يستطيع الشريك المتقاسم أن يتصرف بالحصة المفرزة مستقلاً بموجب هذا السند الذي يبين حصة كل شريك منهم أن هذه المبادلة أو البيع أو الإفراز أو القسمة في الأرض أو الماء تكون صحيحة إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل(2)، وهناك حالات تجري بها القسمة ومنها:

الحالة الأولى: في حال تساوي الحصص:

لا تثور اية مشكلة اجرائية أو قانونية عند تساوي الحصص في العقار المراد قسمته بحيث تكون قسمته بين الشركاء على عدد المتقاسمين وبالتساوي فيما بينهم في مساحة كل حصة مفرزة مع الحقوق الاخرى مثل حق المرور، وقد يكون العقار المراد قسمته ارضاً مقام عليها عمارة مكونة من عدة طوابق فتكون القسمة لكل واحد من الشركاء بان يختص كل منهم طابقا وحصة من الارض المقامة عليها العمارة إذا ارتضوا بذلك.

وحتى يتم استخراج قيمة حصص كل شريك – في الارض المشاع – قبل الإفراز تقسم القيمة المقدرة لكامل القطع– مساحة القطعة أو القطع – على مجموع حصص الشركاء في سند

---

(1) تنص المادة 976 من المشروع المدني الفلسطيني على:" إذا كانت الحصص لم تعين بطريقة التجنيب تجري القسمة بطريق القرعة وتثبت المحكمة ذلك في محضرها ويصدر القاضي حكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز ". نصت المادة 30 من مشروع الأراضي الفلسطيني " إذا افرزت الحصص بالاتفاق تصدر المحكمة حكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز والا تجري القسمة بطريق القرعة وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما باعطاء كل شريك نصيبه الذي افرزته القرعة ".

الغرايبة، علي مفلح، الموجز في اعمال التسوية والمساحة واجراءات تسجيل معاملات الاراضي، 1991/1/1 ص 33. انظر مجلة (1151) إذا اريد تقسيم دار فعلى القسام أن يصورها على الورق ويمسح عرضها بالذراع ويقوم ابنيتها ويسوي ويعدل الحصص بنسبة حص اصحابها ويفرز حق الطريق والشرب والمسيل بصورة أن يبقى تعلق لكل حصة في الاخرة إذا امكن ويلقب الحصص بالاولى والثانية والثالثة ثم يقرع فتكون الأولى لمن خرج اسمه ابتداء والثانية لمن خرج اسمه ثانيا والثالثة لمن خرج اسمه ثالثا ويجري على هذا الترتيب إذا وجدت حصص أكثر من ذلك

(2) المادة (2/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه الأردني رقم (40) لسنة 1952

التمليك، ويضرب الناتج في عدد حصص كل شريك في سند التمليك فيكون النـــاتج هـــو قيمـــة حصص كل شريك قبل الإفراز(بالامتار)، ومن ثم يستخرج الفرق في القيمة بين حصص كـــل شريك قبل الإفراز وبعد الإفراز بطرحها من بعضها وعمل جدول بذلك[1] .ومثال على ذلك إذا كانت قطعة الارض مساحتها (3000متر مربع) وكانت مجموع الحصص للشـــركاء(المخـــرج العام) هي 6000 حصة وكان للشريك احمد 2000 حصة ولمحمـــد 2000 حصـــة ولفاطمـــة 2000 حصة فان حصة احمد بالأمتار المربعة هـــي 3000 متـــر مربـــع ÷6000 (مجمـــوع الحصص) =.5 × 2000 حصة = 1000 متر مربع.وتحسب كامل الحصص لكل شـــريك مـــن جميع القطع بهذه الطريقة، وقد تاخذ القسمة عدة اشكال كالاتي:

اولا: توحيد المال غير المنقول وافرازه

قد تكون الارض غير قابلة للقسمة لصغر مساحتها، ومن ثم بعد ذلك تصبح قابلة للقســـمة وتتحقق هذه الحالة إذا كان لدى المتقاسمين عدة قطع من الأراضي صـــغيرة المســـاحة وتقـــع جميعها بجانب بعضها البعض فهنا يعمل الشركاء على فتح معاملة توحيد وافراز، ويكون ذلـــك باتباع الاجراءات المذكورة في عملية المسح لكامل هذه القطع مع بعضها البعض، وبعد ذلك يتم تقسيمها إلى حصص بعدد الشركاء بحسب نسبة كل شريك وتاخذ هذه الأراضي رقمـــا جديـــدا وكانها قطعة ارض واحدة ويبقى رقم الحوض الذي تقع فيه هذه الأراضي نفسه [2] .

ثانيا: الإفراز بعد المغارسة

قد تكون الارض قابلة للقسمة ولكن تكون هذه القسمة معلقة على مدة معينة وتتحقق مثل هـــذه الحالة في حالة عقد المغارسة فيكون صاحب الارض مالكا لحصة ويكون المغارس مالكا لحصة معلومة لكلا الطرفين بموجب عقد المغارسة الذي ينظم على ثلاثة نسخ نســـخة لكـــل طـــرف

---

(1) الغرايبة، علي مفلـــح، المـــوجز فـــي اعمـــال التســـوية والمســـاحة واجـــراءات تســـجيل معـــاملات الاراضـــي، 1991/1/1ص(34)

(2) انظر عناني، بدر عبد الرزاق، قوانين الاراضي، ص583، مرجع سابق.انظر المادة (8) من نظام تسجيل الأراضـــي رقم (1) لسنة 1953. الغرايبة، علي مفلح، الموجز في اعمال التسوية والمساحة واجراءات تسجيل معاملات الاراضـــي، ص54، مرجع سابق.

ونسخة تبقى لدى دائرة تسجيل الأراضي وبعد مدة معينة –وهي مدة عقد المغارسة – تقسم الارض حسب منطوق عقد المغارسة ويحصل كل منهما على سند تسجيل بالحصة التي اختص بها[1] .

ثالثا: قسمة المال غير المنقول عن طريق التجزئة.

قد يلجا الشركاء إلى تجزئة المال غير المنقول أو إلى توحيده ومن ثم تجزئته، ذكرنا كيف يتم التوحيد، أم التجزئة فان ما يحصل هو أن يقوم الشركاء بتقديم طلب لتجزئة قطعة من الارض قابلة للقسمة إلى عدة اجزاء تاخذ كل من هذه الاجزاء رقما – ويكون هذا الرقم من اصل هذه القطعة – ولكن تبقى كل قطعة من هذه القطع باسماء الشركاء جميعا طالبين التجزئة بمعنى أنه لا يختص كل منهم بجزء مفرز. [2]

رابعا: القسمة(الافراز) بقصد البيع:

وهي من نوع القسمة التي لا تنهي حالة الشيوع بالكامل بمعنى تكون قسمة جزئية وتتحقق إذا طلب احد الشركاء أو الشركاء جميعا وبعد التجزئة وافراز الحصص في المال الشائع أن يقوموا –أو احد الشركاء – ببيع هذه الجزء وتبقى باقي الاجزاء مملوكة للجميع كما مر سابقا باستثناء البائع. [3]

خامسا: القسمة(الافراز) بعد تجميع الملكيات:

تتحقق هذه الحالة من حالات القسمة ليس ما بين الشركاء ولكن ما بين عدة ملاك لقطع صغيرة متجاورة ومتلاصقة، يعملون على توحيدها ومن ثم تقسيمها كل حسب حصته ونسبته فيما يملك

---

(1) انظر المادة (8) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952.انظر المادة (6) من نظام تسجيل الأراضي رقم (1) لسنة 1953. انظر الغرايبة، علي مفلح، الموجز في اعمال التسوية والمساحة واجراءات تسجيل معاملات الاراضي، ص22، مرجع سابق.

(2) انظر عناني، بدر عبد الرزاق، قوانين الاراضي، ص580، مرجع سابق. انظر الغرايبة، علي مفلح، موجز في اعمال التسوية والمساحة، ص54، مرجع سابق.

(3) انظر عناني، بدر عبد الرزاق، قوانين الاراضي، ص580، مرجع سابق

في قطعته الاصلية من مساحة إلى مساحة جميع القطع كمساحة واحدة وياخذ كل متقاسم سندا بحصته مستقلا من جديد عن باقي الشركاء. [(1)]

دفع الرسوم المقررة:

تدفع الرسوم المقررة لدى مديرية التسجيل المختصة عن جميع معاملات الأراضي من قسمة وتخارج وهبة ووصية وتسجيل جديد. [(2)] .ويوخذ اقرار الموافقة على معاملة الإفراز قبل ارسال المعاملة للمديرية لتدقيقها واستخراج المساحات النهائية إلا إذا استدعى طالبو الإفراز تأجيل ذلك لما بعد عودة المعاملة من المديرية لاكمالها ورأى مدير التسجيل أن هنالك اسباباً مقنعة لهذا التأجيل، ويعتبر استماع اقرار المتفارزين هو من اهم المراحل التي تمر بها المعاملة وعليه يجب ملاحظة الامور التالية قبل الإفراز.

أ) وجود كافة الاطراف واهليتهم أو وكلائهم بموجب الوكالات المصدقة المعتمدة.

ب) تفهيم أصحاب العلاقة بمقدار حصص كل شريك قبل الإفراز والقطع التي اختصوا بها بعد الإفراز واطلاعهم على المخططات وموقع تلك القطع حسب المخطط وتوقيعهم وافهامهم بأن هذا التوقيع يشكل الموافقة النهائية على الإفراز، فيؤخذ الإقرار منهم على ظهروتعهد بموافقتهم على مخططات الإفراز وعلى الحصص الواردة بعقد الإفراز حسب الحدود المبينة في مخططات الإفراز وحسب الحصص الواردة بعقد الإفراز ويتم التوقيع مع الشهود.

ج) إذا كان يوجد أية محجوزات أو رهونات على القطعة فيجب أخذ موافقة الجهة الحاجزة أو الراهنة بظهر عقد الإفراز اما إذ كانت محجوزة لدين و لم يتم حضور الجهة الحاجزة فانه لا تتم معاملة الإفراز إلا بعد اعلامه بضرورة اقامة دعوى لدى المحكمة المختصة خلال اسبوع والا يسقط حقه في الاعتراض في المستقبل وتعتبر عدم اقامة الدعوى موافقة على القسمة حسب

---

(1) الغرايبة، علي مفلح، موجز في اعمال التسوية والمساحة، ص54-55، مرجع سابق.

(2) المادة (2) قانون رقم 26 لسنة 1958، قانون رسوم تسجيل الاراضي. يبين جدول رسوم تسجيل الأراضي أن رسم الإفراز بين الشركاء كالاتي: " يستوفى نصف بالمئة (نصف بالمئة) من قيمة كل قطعة مفرزة من القطع الاصلية عندما لا يحصل أي شريك بعد الإفراز على اية زيادة في حصصه الاصلية. الغرايبة، علي مفلح، الموجز في اعمال التسوية والمساحة واجراءات تسجيل معاملات الاراضي، ص31، مرجع سابق.

نص المادة (5) من نظام تسجيل الأراضي رقم (1) لسنة 1953.وحسب قانون وضع الأمـــوال غير المنقولة تامينا للدين رقم (46) لسنة 1953.

د) بعد ذلك ترفع المعاملة للمديرية لتدقيقها واستخراج المساحات النهائية وتسير بنفس المراحـــل التي مرت بها جميع معاملات الإفراز كما ذكر سابقا.

هـــ) توثيق معاملات الإفراز بين الشركاء لا يختلف كثيرا عن بقية أنواع معـــاملات الإفـــراز الأخرى من حيث إعطاء الأرقام النهائية، وإصدار الصحائف وسندات التسجيل وكل ما هناك من اختلاف هو إعطاء رقم متسلسل سنوي يعقد الإفراز من دفتر بيانات تغير الإفراز وتسجيل نـــوع المعاملة على الصحائف (إفراز) [1] وهذه الإجراءات تطبق في حالة كون الإفراز لقطعة واحدة أي كان الإفراز (القسمة) قسمة تفريق أم جمع إلا أن الآلية في إفراز الجمع تكون بإفراز الناقلة ويتم في حالة تعدد المحلات أي القطع كانت في عدة أحواض أو عدة قرى ويملكها نفس المالكين الراغبين في الإفراز ويأتي في صورتين [2]:

الصورة الأولى: إجراء الإفراز بين القطع الأصلية ودون الحاجة إلى تقســيمها وانمـــا تجميـــع حصص لكل مالك وفي هذه الحالة لا تشتمل المعاملة على مخططات إفراز وإنما عقـــود إفـــراز وبقية أوراق معاملات الإفراز بمعنى أن القسمة تكون قسمة جمع[3].

أما الصورة الثانية: تقسيم القطع إلى قسائم ومن ثم إجراء الإفراز بين هذه القسائم بحيث يختص كل شريك بقسائم معينة، وفي هذه الحالة ترفق مخططات الإفراز بالمعاملة بالإضافة إلى عقـــود الإفراز بمعنى أن القسمة تكون قسمة تفريق[4].

---

(1) الغرايبة، علي مفلح، الموجز في اعمال التسوية والمساحة واجراءات تســجيل معـــاملات الاراضـــي، 1991/1/1، ص34

(2) انظر افندي، ابراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف وشرح قانون الأراضي مطبعة دار السلام، بغداد، 1342هـــ، ص 239 مرجع سابق. م/ 5 من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953.

(3) انظر المادة، 2/6 من قانون تقسيم الأموال المنقولة، مرجع سابق.

(4) الوحيدي، درويش مدحت، ج1، مرجع سابق، ص285.

اما من حيث الرسوم المترتبة على هذا الإفراز فهي نفس رسوم الإفراز بين الشركاء المشار اليها اعلاه، كما يجب أن تقدر كافة القطع الداخلية في الإفراز وتؤخذ الرسوم على مجموع قيمتها المقدرة، وأن الرسم الذي تتقاضاه دائرة التسجيل على هذه المعاملات هو 1% من قيمة العقار[1].

الحالة الثانية: في حالة عدم تساوي الحصص

كثيرا ما يحصل عند اجراء قسمة العقار أن تكون حصة احد الشركاء اكبر بقليل من حصة الأخر أو الاخرين، ويحصل هذا الفرق سواء تمت القسمة عن طريق قسمة الجمع أو التفريق، فقد تكون احدى الأراضي اكبر من الأخرى مساحة أو أن إحدى الشقق تكون اكبر مساحةأيضا وعند ذلك فانه يلجأ عادة إلى تقدير وتخمين كل قطعة ارض أو شقة من قبل مخمنين ومختصين لتقديم هذا الفرق في القيمة. [2]، فعندما تكون حصة شريك أكبر من حصة شريك أخر في ارض أو بناء وأمكن المعادلة بين هذه الحصص بحصص اخرى أو معادلة الزيادة بمبلغ في المال وقبل الشريك هذه الزيادة (المعادلة) تنفذ القسمة وهي ما تعرف (القسمة بمعدل)، ولكن قد لا يكون هناك مبلغ من المال فان ذلك لا يمنع من زيادة صاحب الحصة الاقل على حصة الشريك الأخر[3] . فإذا كانت الانصباء غير متساوية، فيجب تفريقها على أن تلتئم مع بعضها ويتحقق ذلك باجراء القسمة على اقل السهام، مثلا إذا كان لاحد الشركاء سدس ولأخر ثلث والأخر نصف فيقسم المشاع باعتبار اقل السهام، وهوالسدس فينقسم إلى ستة اقسام، ويسمى كل جزء بعدد من الواحد إلى الستة و إذا ظهر اسم صاحب السدس بالقرعة اولا فيعطي الجزء الأول أي ذا الرقم الواحد، ثم يقرع بين صاحب الثلث والنصف فإذا ظهر اسم صاحب الثلث

---

(1) انظر المادة (12) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953.انظر الغرايبة، علي مفلح، الموجز في اعمال التسوية والمساحة واجراءات تسجيل معاملات الاراضي، 1991/1/1، ص 35،

(2) " إذا تعذر قسمة البناء المقام على قطعتي الارض موضوع دعوى ازالة الشيوع وفق أحكام قانون ملكية الطوابق والشقق بحيث لا يمكن أن يحصل كل شريك على كامل حصته من البناء لتباين حصص الشركاء وعدد الشقق فيكون الاخذ بتقرير الخبرة واعتماده في محله وموافقا للقانون". رقم القرار: 540 / 1999 المنشور في: لسنة:1999 صفحة رقم: 1787.انظر المادة 6 /أ من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة.

(3) (م/1149) مجلة عدلية، علي حيدر" إذا كان في تقسيم الدار أبنية حصة أزيد قيمة عن أبنية الحصة الأخرى فان أمكن الحصة الأخرى من العرصة زيادة معادلة لها مقابلها نقود. انظر المادة(6/ ب) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة المشركة رقم 48 سنة 1953، السنهوري، حق المليكة، ج8، ص920-932، مرجع سابق.

فيعطي الجزأين الــ(2و3) والباقي صاحب النصف[1] فإذا توفى احد وترك بنتا وزوجة وابنا فتصبح مسألتهم الارثية عن اربعة وعشرين سهما ثلاثة اسهم منها للزوجة، وسبعة اسهم للبنت، واربعة عشر سهما للابن، فإذا أراد الورثة قسمة العرصة الموروثة لهم فتقسم إلى اربعة وعشرين جزءاً ويقسم كل جزء بعدد من الواحد إلى الاربعة والعشرين، ثم يقرع بينهم فإذا ظهر بالقرعة اسم الزوجة اولا مثلا، واسم البنت ثانيا واسم الابن ثالثا فتعطي الزوجة ثلاثة اجزاء من الــ **(1و2و3)** على الترتيب والبنت سبعة اجزاء من الــ **(4 و5 و6 و7 و8 و9 و10)** الباقي للابن و إذا ظهر اسم البنت اولا والابن ثانيا فتعطي للبنت سبعة اجزاء تبدأ من الواحد والابن اربعة عشرة جزءا تبدأ من الثامن والباقي للزوجة وهكذا.

ويشترط لتعديل القسمة أي تعديل القيمة بالقسمة إذا لم تكن جهات المقسوم كلها متساوية أي كان تفاوت بين جهة واخرى من حيث شرف الموقع وقوة بنيانه أو مزايا أخرى، وغير ذلك فيجب حينئذ تعيين قيمة كل جهة من جهات المقسوم ويودع امر التقدير إلى خبيرين إذا لم يتفق الشركاء على القيمة ثم إذا اتفق الشركاء على تعيين الخبيرين فيها والا فيعينهم موظف الطابو في قسمة الرضا، والحاكم في قسمة القضاء[2] .

وعلى أي حال فإن القسمة قد تكون القسمة قسمة جمع أو تفريق أو تكون قسمة فعلية أو كلية (كاملة) أو جزئية وتكون طبعا رضائية فيما بين الشركاء المشتاعين وقد ذكرنا معنى كل قسمة والطريقة التي تجري بها، فمثلا في القسمة الفعلية إذا اختص احد الشركاء بقطعة ارض مدة من الزمن ولم يعارضه بقية الشركاء في ذلك وقام هذا الشريك بالبناء على قطعة الأرض وقام بقية الشركاء بحذو حذو هذا الشريك بأن قام كل شريك بالبناء على قطعة من الأراضي واختص كل واحد من الشركاء بجزء من المال الشائع فهذا دليل على على موافقتهم على القسمة التي حصلت وتكون قد تحققت شروطها باستثناء التسجيل حتى ترتب اثارها تجاه المتقاسمين

---

(1) افندي، المحامي ابراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف و شرح قانون الاراضي، طبع في مطبعة دار السلام، بغداد، 1342، ص241.

(2) المادة 6/ب) من قانون تقسم الأموال غير المنقولة المشتركة رقم 48لسنة1953. انظر حيدر، علي، المادة 1689 وشرحها من المجلة العدلية.

-انظر افندي، ابراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف وشرح قانون الأراضي مطبعة دار السلام، بغداد، 1342هـ ص242- 243، مرجع سابق.

انفسهم [1] . أو كأن يكون العقارمملوكاً على الشيوع فينظر إلى عدد الطوابق وعدد الشقق في كل طابق ومساحة كل واحدة منها وقيمة كل شقة حسب ارتفاعها وشرفها وقد تكون حصة بعض الشركاء افضل من الاخرين بحيث يتوجب على الشركاء الذين اخذوا حصة افضل احد الاحتمالين:

الأول: بان يعادلوا لباقي الشركاء بمبلغ من المال مقابل ذلك وقد تاخذ صورا كثيرة من عدم تساوي الحصص فيما بين الشركاء وبعد ذلك تجري القرعة والمعادلة.

الثاني: بان يتنازلوا عن حصص في عقارات اخرى مقابل الفرق الذين اختصوا به، وكل ذلك بعد تقدير هذا الفرق عن طريق خبيرين أو اكثر، وقد يضطر الشركاء إذا لم يتفقوا على ذلك إلى حالة ثالثة وهي طرح المال الشائع للمزاد سواء كان فيما بينهم أو بالمزايدة العلنية دون الشركاء ويقتسموا ثمنه حسب حصة كل واحد منهم[2] .

المطلب الثاني: العقار غير القابل للقسمة واثار ذلك.

قلنا سابقا أن من غايات القسمة هو عدم تفويت المنفعة من العقار للشركاء بحيث يستطيع كل شريك أن ينتفع ويستغل ويتصرف بحصته المفروزة بعد القسمة بالطريقة التي كان ينتفع بها قبل القسمة وهو شرط في القسمة وبانتفاء هذا الشرط فان القسمة لا تصح بحيث يكون امام الشركاء طريق أخر للقسمة. ولكن إذا كان هذا المال – العقار– المراد تقسيمه يلحقه نقص كبيرفي قيمته أو يفوت منفعته على الشركاء المتقاسمين فانه والحالة هذه يختلف الأمر إذ لا تتحقق المنفعة لا بل ويقع ضرر محقق، وحقيقة أن معظم القوانين قد عالجت مثل هذه الحالة فلقد ورد نص المادة 973 من المشروع المدني الفلسطيني على ما يلي:

---

(1) جاءت المادة 985 تحت بند قسمة المهاياة في المادة (985) من الشروع المدني الفلسطيني وتطابقها المادة 2/846 مدني مصري ومطابقة لنص المادة 39 من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني على أن: " 1– إذا دامت القسمة المشار اليها في المادة السابقة خمس عشرة سنة اقلبت قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك 2– إذا حاز الشريك على الشيوع جزءا معينا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهاياة ".

(2) انظر المادة 8 والمادة 9 من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953.انظر المواد (1148–1150) من مجلة الأحكام العدلية.

" 1- إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء الحضور امام قاضي الصلح لاجراء القسمة.

2- ويندب القاضي أن راى وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قسمته "[1].

وكذلك ورد نص المادة 1043 من القانون المدني الإردني على: " يجب أن يكون المال المشترك قابلا للقسمة بحيث لا تفوت المنفعة المقصودة منه ". وعلى ذلك نصت المادة 2/2من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953 بقولها " يزال الشيوع في المال غير المنقول بتقسيمه بين الشركاء إذا كانت المنفعة المقصودة منه لا تفوت بالقسمة و إذا كان غير قابل للقسمة يزال الشيوع فيه ببيعه بالمزاد ". ومثيل بهذا ورد نص المواد (8و 9) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة [2].

وتنص المادتان (1131) و (1139) من مجلة الأحكام العدلية على مثل هذه الحالة إذ بينت هذه الغاية وهي عدم تفويت المنفعة عند قسمة العقار فالمحلات غير قابلة للتقسيم تباع بالمزايدة وقد جاء مشروع قانون الأراضي الفلسطيني في المادة/32 ليؤكد على ضرورة عدم

---

(1) مطابقة لنص المادة 836 من القانون المدني المصري.

(2) نص م / 8 " إذا ادعى احد الشركاء في الأراضي والمسقفات والمستغلات وغيرها من العقارات المشتركة بانها غير قابلة للقسمة وطلب بيع حصته لشركائه أو لغيرهم يترتب على قاضي الصلح إذا ظهر له بنتيجة الكشف أن المحل المطلوب تقسيمه غير قابل للقسمة أن ينتدب خبيرا أو أكثر لتقدير قيمة حصة طالب البيع بالنسبة لمجموع الحصص. ثم يدعو الشركاء أن يبدوا رايهم خلال خمسة عشر يوما فيما إذا كانوا يرغبون في شراء هذه الحصة بالبدل المقرر أم لا. فإذا اظهر فريق منهم رغبته في الشراء تفوض اليهم بالتساوي بنسبة عددهم و إذا رفض احد الشركاء أن تباع هذه الحصة منهم بالتساوي ودفع أكثر من القيمة التي قدرها الخبراء توضع في المزاد بين الشركاء دون غيرهم وتفوض لمن يدفع منهم ثمنا أكثر من غيره.

- تنص م/9 " إذا لم يتقدم احد من الشركاء خلال المدة المعينة لشراء الحصة المعروضة للبيع واصر الشريك المستدعي على طلبه البيع أو لم يرض ببدل المثل المقدر فيعرض جميع المحل للبيع في المزاد بمعرفة دائرة الاجراء. وبعد اتمام معاملة البيع على الصورة المذكورة يوزع الثمن بين الشركاء بنسبة حصتهم ".

وجاء في القرار التمييزي" إذا تعذر قسمة البناء المقام على قطعتي الارض موضوع دعوى ازالة الشيوع وفق أحكام قانون ملكية الطوابق والشقق بحيث لا يمكن أن يحصل كل شريك على كامل حصته من البناء لتباين حصص الشركاء وعدد الشقق فيكون الاخذ بتقرير الخبرة واعتماده في محله وموافقا للقانون". رقم القرار: 540 / 1999 المنشور في: لسنة:1999 صفحة رقم: 1787.

تفويت هذه المنفعة والا فان القسمة لا يكون لها منفعة بل تجلب الضرر على المتقاسمين وتعمل على تفتيت المال الشائع دون فائدة يرجى من ذلك[1] .

اما مشروع القانون المدني الفلسطيني فجاء مطابقا في المادة(973) من القانون المدني المصري، وفي هذه الحالة يكون الاتفاق أن تجري المزايدة ما بين المشتاعين أولا بناء على طلبهم والا تكون بالمزايدة العلنية وعليه فإن من آثار عدم قابلية المال للقسمة أن تكون قسمته عن طريق التصفية أو الشيوع الاجباري [2]، أما بخصوص قسمة التصفية فلا بد من توضيح ما يلي:

الفرع الأول: قسمة التصفية هل تتم رضائيا ؟

الاصل في القسمة أن تكون عينا، وقد ذكرنا بشيء من التفصيل وحسب ما نصت عليه المواد السابقة في المدونات العربية أنه يشترط عدم تفويت المنفعة في العقار المراد تقسيمه فان كانت غير ذلك، بمعنى أن هذه القسمة، وان حصلت فانها تعمل على تفتيت حصص الشركاء بحيث لا يستطيعون أو بعضعهم استغلال هذه الحصة من العقارمنفردا، فعند ذلك يترتب على المتقاسمين العدول عن هذه القسمة واللجوء إلى طرق اخرى تمكنهم من الانتفاع بهذه الحصة أو النسبة من العقار الشائع وذلك يكون كالاتي:

الطريقة الأولى: قسمة المال الشائع بالمزايدة بين الشركاء:

لقد بين المشرع المصري في المادة 841[3] منه انه: " إذا لم تكن القسمة عينا أو كان من شانها احداث تقص كبير في قيمة المال المراد تقسيمه فانه يباع هذا المال بالمزاد العلني، ويمكن أن تكون هذه المزايدة محصورة فيما بين الشركاء المتقاسمين فقط وتكون هذه المزايدة بناء على

---

(1) م/32 مشروع قانون "الأراضي المملوكة على الشيوع أو كان من شأن هذه القسمة احداث نقص كبير في قيمة الارض أو المنفعة منها جاز للمحكمة بيعها بطريقة المزايدة، على أن تجري المزايدة بين الشركاء اولا.

(2) افندي، ابراهيم ناجي، كتاب حقوق التصرف وشرح قانون الأراضي، مطبعة دار السلام 1342،، ص254، مرجع سابق. اجازت المادة 32 من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني بيع الارض بالمزاد العلني إذا كانت قسمة الارض المملوكة على الشيوع تؤدي إلى احداث نقص كبير في قيمة الارض واشترطت أن تجري المزايدة بين الشركاء اولا.

(3)انظر: السنهوري، حق الملكية، ج8، مرجع سابق، ص896. تطابقها المادة 977 من المشروع المدني الفلسطيني. ويفهم ذلك من المادة 1141 من المجلة العدليةأيضا.

طلبهم جميعا بمعنى أن يجمعوا فيما بينهم أن المزايدين هم فقط الشركاء المشتاعين. ولكن إذا لم يتفق الشركاء على أن تكون المزايدة فيما بينهم فقط كان يكون احدهم غير قادر على دفع ثمن حصة أو حصص الشركاء الاخرين، أو إذا اعترض احدهم على حصر قسمة التصفية فيما بين الشركاء، فانه يترتب على ذلك طرح العقار للمزاد العلني للعامة بحيث يشمل الشركاء وغيرهم، وتكون الأولوية لمن يدفع الثمن الاكثر للعقار وقت المزايدة، وهناك صورة اخرى لقسمة التصفية وهو الاتفاق فيما بين الشركاء المشتاعين على عدم التدخل في المزايدة على العقار المطروح للمزايدة. أما بخصوص الأثر الذي يترتب في حالة رسو المزاد على احد الشركاء في حالة تدخلوا في المزايدة فان رسو هذا المزاد ياخذ حكم القسمة وتترتب عليه جميع الاثار التي تترتب على القسمة، اما إذا رسا المزاد على شخص من غير الشركاء كان هذا بيعا فيما بين الشركاء والراسي عليه المزاد ويعتبر هذا التصرف بيعا[1]" وفي كل الحالات وعند بيع هذا العقار سواء بالطريق الأولى أم بغيرها يوزع ثمنه على الشركاء المشتاعين كل بحسب حصته أو نسبته فيه.

وجاء المشرع الإردني ليؤكد على نفس الحكم السابق فنصت المادة 1044 على:

" إذا تعذرت القسمة عينا أو كان من شانها احداث ضرر أو نقص كبير في قيمة العين المراد قسمتها جاز لاي من الشريكين بيع حصته للأخر أو أن يطلب من المحكمة بيعها بالطريق المبينة في القانون "، وقد يقتسم الشركاء وبالتراضي فيما بينهم بقسمة تضر بهم جميعا سواء بطل نفع المقسوم بالكلية أو تغيرت صفته. [2]

---

(1) سوار، محمد وحيد الدين: حق الملكية في ذاته في القانون المدني الارني، مرجع سابق، ص:154 -155. انظر بهذا المعنى عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت- ص.ب 749، 1982 ص: 217 وما بعدها. انظر إلى المذكرة الابضاحية في مجموعة الاعمال التحضيرية لمشروع التقنين المدني المصري ج6، ص119. انظر فرج، توفيق حسن، الحقوق العينية الاصلية، الدار الجامعية، ص231.وجاء في القرار التمييزي رقم 428 لسنة 1964، صفحة المجلة 579، جزء 2 "إذا اثبتت المحكمة باجرائها الكشف من أن سندات التسجيل المبرزة تتناول العقار المطلوب قسمته بالذات وان المدعي احد الشركاء فيه وان العقار غير قابل للقسمة بحسب معرفة الخبير ولابد من بيعه لازالة الشيوع بين الشركاء فتكون اجراءاتها قانونية. إذا رفض المدعي طالب القسمة البدل المقرر لحصته ولم يقبل بمجموع القيمة التي قدرها الخبير وطلب بالنتيجة بيع العقار بالمزاد العلني فيتعين بيعه وفق القانون ".

(2) انظركيرة، حسن، الحقوق العينية الاصلية، ج اول، 1965، مرجع سابق، ص:490.

انظر، ملحم، خالد حسين عبد الله، القسمة في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير، جامعة ال البيت، ص61، مرجع سابق.

وأيضا نجد أن قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953 قد عرض لاجراءات بيع التصفية للاموال غير المنقولة والغير القابلة للقسمة في مواده (8–12) . وفرق بين حالتين:

الاولى: **بيع حصة أحد الشركاء** وهو ما جاء في المادة (8).

الثانية: **بيع جميع المال الشائع**.وهو ما جاء في المادة (9)، والمادة العاشرة [1].

ولم تتطرق مجلة الأحكام العدلية إلى قسمة التصفية بالمعنى الـذي جـاءت بـه القـوانين الأخرى، فقد بينت أحكاما تفيد متى يجوز تقسيم المال الشائع ومتى لا يجوز، وبينـت احكامـا متعددة فرقت فيها ما بين قسمة الجمع وقسمة التفريق وبينتأيضا متى يجوز قسمة المال الشـائع قسمة جمع ومتى يكون قسمة تفريق ومتى تكون هذه القسمة في هذا المـال الشـائع رضـاء أم قضاء وهذا ما أوضحته في موادها (1130 –1146)، والتي بيناها سابقاً.

المادة 27فقرة 3من مشروع قانون الأراضي نصت على:لا يشترط في قسمة الرضا أن تكون الارض قابلة للقسمة بالنسبة لاصغر حصة.

(1) نص المادة (8): " إذا ادعى احد الشركاء في الأراضي والمسقفات والمستغلات وغيرها من العقارات المشتركة بانها غير قابلة للقسمة وطلب بيع حصته لشركائه أو لغيرهم يترتب على قاضي الصلح إذا ظهر له بنتيجة الكشف أن المحـل المطلوب تقسيمه غير قابل للقسمة أن ينتدب خبيرا أو أكثر لتقدير قيمة حصة طالب البيع بالنسبة لمجموع الحصـص. ثـم يدعو الشركاء أن يبدوا رايهم خلال خمسة عشر يوما فيما إذا كانوا يرغبون في شراء هذه الحصة بالبدل المقـرر أم لا. فإذا اظهر فريق منهم رغبته في الشراء تفوض اليهم بالتساوي بنسبة عددهم و إذا رفض احد الشركاء أن تباع هذه الحصة منهم بالتساوي ودفع أكثر من القيمة التي قدرها الخبراء توضع في المزاد بين الشركاء دون غيرهم وتفوض لمن يدفع منهم ثمنا أكثر من غيره.

وجاء في القرار التمييزي" إذا تعذر قسمة البناء المقام على قطعتي الارض موضوع دعوى ازالة الشـيوع وفـق أحكـام قانون ملكية الطوابق والشقق بحيث لا يمكن أن يحصل كل شريك على كامل حصته من البناء لتباين حصـص الشـركاء وعدد الشقق فيكون الاخذ بتقرير الخبرة واعتماده في محله وموافقا للقانون". رقم القرار: 540 / 1999 المنشـور فـي: لسنة:1999 صفحة رقم: 1787.

نص المادة(9): " إذا لم يتقدم احد من الشركاء خلال المدة المعينة لشراء الحصة المعروضـة للبيـع واصـر الشـريك المستدعي على طلبه البيع أو لم يرض ببدل المثل المقدر فيعرض جميع المحل للبيع في المزاد بمعرفة دائرة الاجراء. وبعد اتمام معاملة البيع على الصورة المذكورة يوزع الثمن بين الشركاء بنسبة حصتهم ".

المادة (10): " إذا لم يتقدم احد الشركاء لشراء المحل المعروض للبيع والفراغ في المزاد بمجموعه أو لم يبلغ البدل الذي تقدم به المزايدون الحد الذي يمكن أن يعتبر عادلا ومناسبا يعرض بمجموعهأيضا للمزايدة بين الشركاء دون غيرهم، فـإذا امتنع الشركاء هذه المرةأيضا عن الدخول في المزايدة وتمكن الشريك المستدعي من بيع وفراغ حصته لغير الشركاء فكـل شريك لم يتقدم للشراء المثل على الصورة المذكورة يعتبر أنه اسقط حقه في المطالبة بالشفعة والرجحان ".

الطريقة الثانية: الشيوع الاجباري:

قد يكون العقار الشائع غير قابل للقمسة وذلك لأسباب تعود إما إلى طبيعة المال الشائع أو لوجود اتفاق فيما بين الشركاء على ذلك أو لأسباب قد تطرأ على المال الشائع وقت القسمة أو لأسباب قانونية مما يؤدي إلى تحقق الشيوع الاجباري أي عدم قابلية العقار للقسمة ومن هذه الحالات التي لا يجوز فيها قسمة العقار كان يكون العقار مخصصاً لمنفعة جماعية مثل مدافن الاسرة، وقد يتحقق عدم اقتسام العقار لتعلق حق الغير فيه مثل الطرقات وحقوق الانتفاع فيها بحيث تكون من حق جميع الشركاء الوصول إلى الأرض مثلا التي تم اقتسامها فيما بين الشركاء وكان من الصعب إخراج طريق لكل شريك من العقار المقسوم.

وقد يكون الشيوع إجباريا في أجزاء من العمارة المؤلفة من عدة طوابق مثل الدرج والجدران والسقوف والارضيات وفي الارض المقامة عليهاأيضا وأن هذه الأجزاء لا يمكن بيعها بالمزاد العلني بل تبقى على الشيوع ولا يجوز قسمتها بأي حال من الأحوال، وتعتبر من أكثر الحالات التي يقع فيها الشيوع الاجباري.

ومن الأسباب القانونية التي قد تمنع وقوع القسمة على الرغم من تحقق كافة الشروط التي تتطلبها هي اسباب تتعلق بأمور تنظيمية حسب ما جاء في قانون تنظيم المدن والقرى والابنية [1] حيث نصت على أنه لا يجوز تقسيم ارض واقعة في منطقة تنظيم تقل مساحتها عن عشرة دونمات[2] وقد رتبت هذه المادة البطلان في حالة مخالفة نص المادة وأنه لايجوز الطعن بهذا النص باي طريق من طرق الطعن حيث تشترط هذه المادةأيضا أن يتم التصديق على مخطط القسمة (الإفراز) قبل الشروع في التقسيم.

ويرى الباحث أن على المشرع الفلسطيني تعديل هذه المادة والنص على تخفيض مساحة الارض المطلوب تقسيمها حيث أن البقاء على هذا النص قد يحرم الكثير من قسمة الارض التي تقل عن تلك المساحة وابقائها شائعة، إلا أنه وفي الواقع العملي فاننا نجد أن مساحة الأراضي التي يجوز

---

(1) قانون تنظيم المدن والقرى والابنية، قانون مؤقت رقم (79) لسنة 1966

(2) انظر المادة 28 من القانون رقم 79 لسنة 1966.

تقسيمها داخل المدن –التي تقع داخل منطقة تنظيم اللجنة المحلية – هي اقل من ذلك كون الهيئات المحلية قد اعتمدت نظام يبين نوع الارض المراد تقسيمها بمعنى أن هذه الارض هل هي تجارية أم زراعية أم سكنية، وان هذا القانون يطبق على نوعي القسمة سواء كانت رضائية أو قضائية. (1)

وجاء النظام رقم (33) لسنة 1996 (2)، نظام المساحة المفرزة بين الشركاء صادر بمقتضى الفقرة (6) من المادة (2) من قانون مسح الأموال غير المنقولة، رقم 48 لسنة 1953، جاء في النظام المذكور أنه يجوز إفراز الأراضي إلى قطع وقسام لا تقل عن أربع دونمات، وهذا ما جاء في المادة (3/أ) (3) من النظام المذكور.

أما المادة الخامسة(4) من النظام المشار إليه سابقاً فقد سمحت أن تكون مساحة قسيمة كل واحد من الشركاء دونماً واحداً ولكن اشترطت هذه المادة أن يكون أحد الشركاء خزينة الدولة والوقف

---

(1) انظر المادة (9مكررة فقرة أ وفقرة ب) من قانون انتقال الأراضي لسنة 1920 والتي اوجبت مراعاة المخطط الهيكلي للمدينة والحد الادنى لمساحة قطع الأراضي المراد افرازها. انظر المادة 1167 من المجلةالعدلية.وجاء في القرار التمييزي " تعتبر الموافقة أو التصديق على معاملات الإفراز هي من الامور الداخلة في اختصاص المجلس البلدي كلجنة تنظيم محلية وفقا لاحكام المواد (9/2/ب) و (28/1) و (29) من قانون تنظيم المدن والقرى والابنية رقم 79 لسنة 1966 والتي يترتب بموجب احكامها الحصول على مصادقة اللجنة المحلية للتنظيم قبل صدور قرار قاضي الصلح في القسمة القضائية وقبل تسجيل المعاملة في دائرة تسجيل الأراضي في حالة القسمة الرضائية أي مصادقة المجلس البلدي على معاملات الإفراز والضم والتوحيد في الأراضي الداخلة في حدود البلدية هو قرار اداري يصدر عن المجلس البلدي كلجنة تنظيم محلية وكذلك قرار الغاء المصادقة أو الرجوع عنها. رقم القرار: 16 / 1994 المنشور في: لسنة:1994 صفحة رقم: 612

(2) هكذا عدلت بموجب القانون رقم 9 لسنة 1984 المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 3200 تاريخ 1984/1/8.

(3) تنص المادة (3/أ): "مع مراعاة أحكام الفقرتين (ب) و(ج) من هذه المادة والمادة (4) من هذا النظام يجوز إفراز قطع الأراضي المنصوص عليها في المادة (2) من هذا النظام بين الشركاء إلى قطع حسب حصصهم المسجلة وبحد أدنى مقداره أربع دونمات لكل شريك"

فقرة (ب): " إذا كانت حصة الشريك تزيد على أربعة دونما فتفرز حصته هذه وتسجل باسمه"

فقرة (ج): "يشترط تطبيق أحكام الفقرتين (أ، ب) من هذه المادة أن لا يقل أي بعد من أبعاد القطع المفرزة عن خمسة وثلاثين متراً، إلا إذا كان عرض القطعة الأصلية أقل من هذا البعد فيسمح بإفرازها بعرضها الكامل قبل التقسيم.

(4) المادة (5) " إذا كانت الخزينة أو الوقف شريكا في أي قطعة أرض فيجوز إفراز حصصها فقط فيها بمساحة لا تقل عن دونم واحد على أن تراعي بالنسبة لسائر الشركاء الأحكام المنصوص عليها في هذا النظام".

في هذه الأرض المراد إفرازها، ويرى الباحث أن تقييد الشركاء عند قسمة المال المشترك عن طريق تحديد المساحة المسموح فيها الإفراز هي من اختصاص البلديات[1].

الطريقة الثالثة: بيع العقار بالمزاد العلني

الأثر الأساسي على عدم قابلية العقار للقسمة هو بيع العقار الشائع حيث لا بد من عدم تفويت المنفعة عند قسمة العقار ولكن إذا لم يتحقق هذا الشرط فان القسمة تكون غير مجدية مما يؤدي بالنتيجة إلى بيعها بالمزاد العلني و تقع المزايدة عادة في مكان عام أو على رقبة العقار المراد بيعه بالمزاد، ولضمان حضور أكبر عدد من الأشخاص فانه يتم إعلام العامة من الناس عن طريق النشر أو طريق وضع إعلان بأوصاف العقار وموقعه ويكون ذلك كما مر سابقا بالاجراءات الواردة في المواد 841 مدني مصري والمادة 1044 مدني أردني والمواد 8-12 من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة والمادة 977 من المشروع المدني الفلسطيني.

وفي نفس الوقت لم تتطرق المجلة إلى حالة تصفية المال الشائع إذا لم يكن قابلا للقسمة، نجد أنها قد اشارت إلى قانون تقسيم الأموال غير المنقولة الصادر في 1كانون الأول 1329 في مادته التاسعة[2] وعلى أية حال إذا كان من شروط صحة القسمة الرضائية الاجماع لتمام صحتها ونفاذها فان القسمة بالتصفية[3] هي وجه أخر للقسمة وعليه فان أجمع الشركاء المشتاعون على ذلك فان القسمة بالتصفية تتم وتنفذ بحقهم جميعا ويوزع ثمن المال الشائع المباع بالتصفية عليهم كل بنسبة حصته فيه قبل التصفية.

الفرع الثاني: في حالة تعدد العقارات وتنوعها كيف تتم القسمة؟

قد يكون هنالك أكثر من عقار يملكه الشركاء على الشيوع وفي هذه الحالة فان هناك طرقا لقسمة هذه العقارت ويكون البحث بهذا الموضوع في الطرق التالية:

---

(1) انظر قانون رقم (11) لسنة 1968 قانون التقسيم ضمن مناطق البلديات الأردني.

(2) حيدر، علي، درر الأحكام، شرح مجلة الأحكام، شرح المادة (1130) هامش صفحة:، 128دار الجيل، بيروت، مرجع سابق.

(3) انظر وحيد الدين سوار، مرجع سابق، هامش صفحة، 153 "ليست قسمة التصفية قسمة بالمعنى الصحيح للكلمة، لانها تفضي إلى بيع المال الشائع، لا إلى تجزئته، ومن ثم. يكون اطلاق تسمية القسمة عليها من قبيل المجاز".

الطريقة الأولى: قسمة الأراضي

لقد وردت أحكام قسمة الأراضي أيضا في نص المادة 1148 من مجلة الأحكام العدلية ويستفاد من المادة المذكورة أنه إذا تعددت المحلات المراد تقسيمها وبعد موافقة جميع الشركاء على القسمة تجرى المعاملة التقسيمية بصورة قسمة الجمع أو قسمة التفريق[1]، وهذا ما بيناه سابقاً، من اجل عدم التكرار نكتفي بهذا القدر.

الطريقة الثانية: قسمة الدور والمنازل:

لقد بينت مجلة الأحكام العدلية كيفية تقسيم الدور متعددة الطبقات تحت مسمى العلو والسفل، فإذا اريد قسمة دار مشتركة بين اثنين قابلة للقسمة على أن يكون فوقانيها الذي هو عبارة عن البناء فقط الواحد وتحتانيها الذي هو عبارة عن الابنية والعرصة للأخر فيقوم كل من الفوقاني والتحتاني ويقسم باعتبار القيمة لأن قيمة الفوقاني والتحتاني متفاوتة حسب الاوقات فيختار الفوقاني صيفاً والتحتاني شتاءً كما أن التحتاني يكون صالحا لبناء بئر أو صهريج أو اصطبل اما الفوقاني فلا يكون صالحا لذلك وعليه فلا يكون التعديل بينهما إلا بتقدير القيمة[2] .

جاءت مجلة الأحكام العدلية لتبين طريقين في قسمة الدور والدكاكين والضياع حيث نصت المادة(1138) منها على ما يلي: " الدور العديدة، والدكاكين والضياع مختلفة الجنسأيضا فلذلك لا تقسم قسمة جمع، مثلا لا تجوز قسمة القضاء بان يعطى لاحد الشريكين الدور المتعددة واحدة والأخر اخرى بل تقسم كل واحد منها قسمة تفريق على الوجه الآتي". وجاء شرح هذه المادة لعلي حيدر أن المساكن ثلاثة اقسام:القسم الأول الدور القسم الثاني البيوت وتسمىأيضا الغرف والقسم الثالث بالمنازل وتسمى بيوتاً

- فإذا كانت الدور في بلاد مختلفة فلا تصح قسمة القضاء بالاتفاق اما إذا كانت في مدينة واحدة فلا تجوز قسمة القضاء فيها وهذا ما أخذت المجلة إلا أنه قد تجري قسمة الدور المتعددة قسمة جمع إذا رضي الشركاء القسمة جمعا فتقسم.

(1) تنص المادة 1148 من المجلة العدلية على:" حيث كانت العرصة والأراضي من الذرعيات فتقسم بالذراع اما ما عليها من الاشجار والابنية فيقسم بتقدير القيمة"

(2) انظر المادة 1150من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر.

- اما المنازل فإذا كانت متلاصقة أي متصلا بعضها بالبعض فلا تقسم قسمة جمع عن طريق القضاء اما إذا كانت متباينة أي متفرقا بعضها عن بعض لا تقسم قسمة جمع عن طريق القضاء كالدور، وعليه يجب تقسم على حدة سواء كانت في محل واحد أو في محلات مختلفة لانه يكون في داخل الدار وفوق الغرفة فإذا كانت متلاصقة فتجري فيها قسمة المفرد والا فتجري قسمة الجمع.

- اما الغرف فتقسم تقسيم جمع بقسمة قضاء سواء كانت في محله واحد أو محلات متعددة لأن التفاوت في البيوت يسير[1] وبذلك يتمكن كل شريك من الانتفاع بملكه مستقلا بصورة كاملة لانه لا بد من اعتبار التعادل في المنفعة وان قسمة كل دار على حدة اعدل بكثير من قسمة الجمع بغض النظر إذا كانت تلك الدور متجاورة أو متباعدة متساوية أو غير ذلك، وان المقصود بالتساوي هنا التساوي في القيمة فان اختلفت قيمة الدور فلا يجوز جمعها ويجب قسمتها تفريقا بكل دار على حدة حتى ولو كانت متقاربة .

الطريقة الثالثة: قسمة الطوابق والشقق (العمارات) [2]

يحكم قسمة الطوابق والشقق قانون خاص هو قانون ملكية الطوابق والشقق، وحقيقة مليكة الطوابق والشقق هي صورة جديدة أو صورة خاصة من صور الملكية كونها تخلط ما بين الملكية المفرزة والملكية الشائعة، وهذه الصورة تتمثل عندما يكون البناء مؤلف من عدة طبقات وفي كل طابق عدة شقق، [3] بحيث يملك هذه الشقق عدة مالكين، يستقل كل واحد منهم في ملكية شقة على سبيل الاستقلال بينما يملك على الشيوع حصة في الأرض المقامة عليها العمارة وكذلك حصص في الاجزاء المشتركة التي أعدت للاستعمال المشترك بحيث لا يستطيع أن يتفرد

---

(1) انظرالمادة (1138) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر. انظر ملحم، خالد عبد الله، رسالة ماحستير، أحكام القسمة في الشريعة الاسلامية، ص80، مرجع سابق. نصت المادة 1149 من المجلة على: " إذا كان في تقسيم الدار ابنية حصة ازيد قيمة عن ابنية الحصة الاخرى فان امكن تعطى الحصة الاخرى من العرصة زيادة معادلة لها والا فيضاف مقابلها نقود " والمادة 1150 على: " إذا اريد قسمة دار مشتركة بين اثنين على أن يكون فوقانيها لواحد تحتانيها لأخر فيقوم كل من الفوقاني والتحتاني وتقسم باعتبار القيمة " ونصت المادة 1151أيضا من المجلة على:" إذا اريد تقسيم دار فعلى القسام أن يصورها على الورق ويمسح عرضها بالذراع ويقوم ابنيتها ويسوي ويعدل الحصص بنسبة حصص اصحابها ويفرز حق الطريق والشرب والمسيل بصورة لا يبقى تعلق لكل حصة في الاخرى إذا امكن ويلقب الحصص بالاولى.....ثم يقرع...".

(2) الوحيدي، درويش، الأحكام العامة في قانون الأراضي الفلسطيني، ص296 وما بعدها، انظر القرارالمييزي رقم: 876 / 1990 لسنة:1990 صفحة رقم: 926

(3) قانون ملكية الطوابق والشقق الأردني م/1/3 قانون رقم (25) لسنة (1968) . قانون رقم 1 لسنة (1996) بشان تمليك الطبقات والشقق والمحلات.

في ملكية هذه الأجزاء المشتركة على سبيل الاستقلال لكل مالك أن يقيد لدى دائرة التسجيل كل طابق أو شقة من البناء المنشأ على عقاره كجزء مستقل يجوز التصرف به على هذا الوجه وتعتبر عندئذ أرضية العقار واجزاء البناء المعد للاستعمال المشترك قسما مشتركا لجميع اصحاب تلك الطوابق والشقق(1) وقد اوردت المادة(2) من القانون المذكور تعداد لكل الاقسام المشتركة والتي تبقي على الشيوع وهذا التعداد هو على سبيل المثال لا الحصر(2) بحيث لا يستطيع الشريك التصرف بها على سبيل الإنفراد وذلك لطبيعتها التي اعدت من اجلها هذه الغاية ومن هذه الأقسام المشتركة، أرض العقار المقام عليها والأساسات والجدران الرئيسية والجدران الفاصلة المشتركة ومجاري التهوية وركائز السقوف والمداخل والأدراج والممرات والدهاليز والمصاعد وغرف البوابين وأجهزة التدفئة وعليه فإن هذه الأقسام المشتركة المخصصة لجزء مفرز وهي الشقة لخدمتها لا يجوز الإتفاق على قسمتها رضائيا أو قضائيا لأنها لا تقبل القسمة(3) وبناء على ذلك فانه يحد نصيب كل مالك في هذه الأقسام المشتركة(4) بحسب ما يملك في الشقق أو الطوابق المفرزة. فإذا كانت مساحات الشقق متباينة بشكل واضح وكبيرة فينتج في تحديد ملكية الشركاء للمعادلة التالية لبيان ما يصيب كل شقة من حصص في الأرض والاقسام

---

(1) رقم القرار: 39 / 1985 لسنة:1985 صفحة رقم: 459* استقر الاجتهاد بان المادة 36 من قانون تنظيم المدن والقرى والابنية رقم 79/66 لا تعتبر القرار المتعلق بترخيص الابنية نهائيا غير خاضع للطعن امام محكمة العدل العليا إلا إذا كان متضمنا رفض اللجنة المحلية لطلب الترخيص وصادقت اللجنة اللوائية على هذا الرفض، اما إذا كان القرار يتضمن الترخيص بانشاء البناء فان القرار الذي يصدر بهذا الشان يقبل الطعن امام محكمة العدل العليا. * من المبادئ المستقرة في الفقه الاداري أنه يكفي لتوافر المصلحة في دعوى الالغاء أن يتواجد الطاعن في حالة قانونية يؤثر فيها القرار المطعون فيه تاثيرا مباشرا وعليه فان للمستدعية مصلحة مباشرة شخصية تبرر اقامة الدعوى لأن القرارين المطعون فيهما والقاضيين بتغيير استعمال الطابق الارضي من موقف سيارات إلى شقق سكنية تتاثر بهما الطاعنة تاثيرا مباشرا إذ يحرمانها من الانتفاع بهذا المرفق. * استقر الفقه والقضاء الاداريين على عدم جواز سحب القرار الاداري السليم. * لكل مالك أن يقيد لدى دائرة التسجيل كل طابق أو شقة من البناء المنشا على عقاره كجزء مستقل يجوز التصرف به على هذا الوجه وتعتبر عندئذ ارض العقار واجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك قسما مشتركا لجميع اصحاب تلك الطوابق والشقق ولا يقبل القسم المشترك القسمة الرضائية أو الجبرية ولا التصرف به أو ببعضه مستقلا على الطوابق والشقق إذ أن حق كل مالك فيه يتبع حكما ملكية الشقق أو الطوابق ولا ينفصل عنها في جميع الحالات وذلك عملا بقانون ملكية الطوابق والشقق وعليه فان أي قرار يجيز تصرفا انفراديا خلافا لاحكام هذا القانون يكون جديرا بالالغاء. * لا يجوز أن ينص نظام على حكم يخالف القانون الذي صدر ذلك النظام بالاستناد اليه، كما لا يجوز اجراء تصرف بالاستناد إلى نظام يخالف القانون.

(2) الغرايبة، علي مفلح، الموجز في اعمال التسوية والمساحة واجراءات تسجيل معاملات الاراضي، 1991/1/1، ص: 37. م/4من قانون ملكية الطوابق والشقق رقم (25) 1968

(3) م/5 من قانون رقم 1لسنة 1996، بشان تمليك الطبقات والشقق. م/26 مشروع قانون الأراضي الفلسطيني. انظر المادة 1067 من القانون المدني الاردني.

(4) الغرايبة، علي مفلح، الموجز في اعمال التسوية، مرجع سابق، ص: 37.

المشتركة (مساحة الشقة/ مجموع مساحات الشقق) مساحة الارض = ما يصيبه من حصص في الأرض.

مثال ذلك أن تكون قطعة أرض مملوكة مناصفة بين شخصين وعليها بناء مكتمل ولنفترض أنه مؤلف من أربع طوابق وكل طابق مؤلف من شقتين أي مجموع الشقق ثمانية شقق، فالمفروض أن يمتلك في هذا البناء أربع شقق ولكن قد يتفق الشريكان على أن يأخذ احدهما شقتين، ويأخذ الأخر بقية الشقق مما يدلنا على وجود بيع ضمني للشقق بين الشركاء، ففي مثل هذه الحالة يجب تعديل ملكيتهم في الأرض والأقسام المشتركة حتى يتناسب مع ملكيتهم للشقق أي حصتان لمن أخذ الشقتين وست حصص لمن أخذ الشقق الأخرى من مجموع ثمانية حصص بدلا من المناصفة، اما إذا كان الشركاء مختلفين في امكانيتهم المادية وأكمل أحد الشركاء جانباً من البناء باتفاقه مع الشريك الأخر من ماله الخاص بينما لم يستطع الشريك الأخر ذلك، فيجب المحافظة على نفس النسبة الأصلية للتملك في القطعة قبل البناء أي المناصفة كما في المثال السابق. (1)

ويعطى لكل منهم صحيفة (سند تسجيل) بالشقق التي اختص بها كل منهم، ويتم تسجيل هذه الشقق بترتيب يفهم منه أن الشقة الأولى من الطابق الثاني في البناء الأول – إذا كان هناك أكثر من بناء – اختص بها الشريك الأول وهكذا دواليك.

إن الأسلوب المتبع في تقسيم وإفراز الشقق حسب ما يسجل في الصحيفة، أن الشقة تاخذ رقم (صفر) في الطابق الارضي ورقم (واحد) للطابق الأول ورقم (واحد) للبناء الأول – إذا كان هناك أكثر من بناء –، اما إذا كان هناك طوابق ادنى من مستوى الشارع(التسوية) فتاخذ رقم (سالب (مثل – 1)) وان الطابق الارضي في التسوية ياخذأيضا رقم (صفر)، وان الترقيم المتبع لكل شقة وطابق وبناية يبدا بالشقة الأولى التي تقع على اليمين عند دخول البناية من

(1) انظر صباح، سامي محمد، حقوق والتزامات ملاك الطوابق والشقق في القانون الاردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة القدس، 1999/12/27، ص191، " أن ملكية الشقق والطوابق ملكية خاصة (مفرزة) وانه يستحيل طلب القسمة فيها كونها ملكيات فردية يقع بعضها فوق بعض ".

المدخل الرئيسي الذي يقع على الشارع الرئيسي[1]، ومثال ذلك إذا كان لدينا بناية مؤلفة من أربعة طوابق طابقين تسوية وطابق أرضي وطابق أول، ومقامة على قطعة الأرض رقم 55 مثلاً، فإذا كان لدينا عدة شوارع يؤخذ الشارع الأعرض كمدخل للبناية ويتم الإفراز في البناية بالسير عكس عقارب الساعة في ترتيب الشقق والسطوح، فيعطى الترتيب على سند التسجيل عند الإفراز كالآتي:

- الطابق الأراضي (0).
- الطابق الأول يأخذ رقم (1).
- الطابق الثاني يأخذ رقم (2).
- الطابق الثالث يأخذ رقم (3).

وهذه الأرقام تأخذ الخانة الوسطى ورقم البناء إلى يسار الخانة الوسطى أي رقم البناء يكون أول رقم من اليسار، وتأخذ الشقة رقم (1) على اليمين (الخانة الأولى من اليمين)، وبجميع هذه الأرقام تأخذ الشقة الرقم الذي يسجل به الإفراز ففي هذا المثال: $\frac{101-1}{00}$

- (−1) يكون رقم الشقة تسوية (بالناقص).
- (0) رقم الطابق.
- (1) رقم البناء (إذا كان لا يوجد على القطعة سوى بناية واحدة).

اولا: مسح كل شقة وكل طابق من البناية متعددة الطوابق.

اضافة إلى مسح الارض المقامة عليها البناء المتعدد الطبقات يقوم المساح بمسح كافة الطوابق في البناية ويتم إفراز كل شقة وكل محل أو سطح من كل طابق – محل الإفراز – وبيان مساحة الاجزاء المشتركة بحيث تكون مساحة كل شقة مستقلة –وحدة عقارية مستقلة –عن

---

(1) لغرايبة، علي مفلح، الموجز في اعمال التسوية، مرجع سابق، ص: 39

الاخرى بموجب مخطط مساحة تفصيلي ومخطط المهندس المعماري، ويتم ترقيم كل شـقة مـن كل طابق في كل بناية مقامة حسب الترتيب السابق المذكورعلى قطعة الارض الممسوحة بحيث يختص كل مالك على الشيوع بالوحدة العقارية وبحصة من الارض تتناسب مع الوحدة العقارية (الشقة) المقام عليها البناء، يتم ارفاق كشف باسماء ملاك الشقق و/او الطبقات و/او المحـلات و/او السطوح، ووصف لهذا البناء من حيث الارتفاع الطبقي (الشقة الشمالية الغربية من الطابق الثاني عدا سطحها) على سبيل المثال وهكذا.

ثانيا: التفريق بين معاملة " الإفراز بين الشركاء " ومعاملة " الإفراز بقصد البيع ":

ان الحالة في كل من هاتين المعاملتين تمر في نفس الاجراء من حيـث قيـام المسـاح بمساحة المحل المطلوب افرازه – الطوابق والشقق –، إلا أن معاملة "الافراز بين الشركاء" فـي معاملة إفراز الطوابق والشقق تكون بنفس الاسلوب المتبع في معاملة إفراز الاراضـي، كـون الارض هي في الاصل مملوكة على الشيوع ما بين الشركاء قبل البناء الذي اقيمأيضا على نفقة وحساب جميع الشركاء، وتكون القسمة في هذه الحالة هي قسمة الارض والشقق كل حسب نسبة ما يملكه من حصص.[1]

وفي حالة الإفراز بقصد البيع تمر المعاملةأيضا بنفس المراحل السابقة ولكن اضافة إلى ذلك هناك طلبا يقدم مع معاملة الإفراز يفيد أن الغاية من أن هذا الإفراز هو بقصد البيع بمعنـى أن الإفراز لهذه الشقة لغايات بيعها، وفي هذه الحالةأيضا قد يكون المالكون جميعا هم البائعون أو احد الشركاء وتبقى بقية العقار شائعة بين المالكين جميعا إذا كانوا هم البائعون أو يبقى العقـار شائعا بينهم باستثناء الحصة المفرزة المباعة من احدهم.[2]

ثالثا: اعداد كشف ومخطط بالاجزاء المشتركة:

ويتضمن هذا الكشف على رقبة العقار (البناء المتعدد الطبقات) نموذج تفصيلي لمـواد البناء المؤلف منها هذا البناء من (حجر أو اسمنت دكة أو خرسانة أو طوب) وكيفية التشطيبات

---

(1) عازر، حسام، دليل الموظف للتسجيل الابنية والطبقات والشقق والمحلات والاسطح والاقسام المشتركة، في دائـرة تسجيل الأراضي ودائرة المساحة ص4. انظرالمواد رقم3و4و14 من قرار وزير الاسكان رقم (2) لسنة 1997بشان تعديل اللائحة التفيذية لقانون تمليك الطبقات والشقق والمحلات الصادرة بقرار وزير الاسكان رقم (2) لسنة 1996

(2) انظرالمادة (1) فقرة (ب) بند رقم (أ) من قرار وزير الاسكان رقم (2) لسنة 1997بشان تعـديل اللائحـة التفيذيـة لقانون تمليك الطبقات والشقق والمحلات الصادرة بقرار وزير الاسكان رقم (2) لسنة 1997

لهذه العمارة هل هي تشطيبات ديلوكس أو تشطيبات عادية وقيمتها التقديريـــة والمـــداخل لهـــذه العمارة والاجزاء المشتركة ومساحاتها مثل (مواقف السيارات وغرفة الحارس وغرفة البـــويلر والملجا والمنور والمداخن وساحات الملاعب ومطلع الدرج وسطحه وبسطات الدرج.....) . [1]

رابعا: اصدار سند تسجيل بالحصة المفرزة:

وفي النهاية وعند اتمام هذه المعاملة حسب الشروط السابقة امام الدائرة المختصة فانه يصـــدر سند تسجيل من دائرة تسجيل الأراضي يخص كل شريك حصة مفرزة مســـتقلة مـــن العقـــار المقسوم سواء كان هذا العقار ارضا أو ارضا مقاما عليها عمارة مكونة مـــن طوابـــق متعـــددة، يستطيع المتقاسم بناء على هذا السند أن يبيع هذه الحصة بشكل مستقل وبمعاملة مستقلة عن بقية المالكين، بحيث يبيع الشقة أو الطابق في العمارة المفردة وما يصيبها من حصـــة فـــي الأرض المقامة عليها العمارة.

المبحث الثاني: آثار القسمة الرضائية

جاءت النصوص القانونية في القوانين الوضعية لتفرق ما بين الآثار التـــي تترتـــب علـــى القسمة الرضائية ما بين أثر كاشف للملكية أو ناقل لها ومنهم من قال بغير ذلك، ولم يات الفقـــه بتفصيل هذه الاثار كما جاءت بها القوانين الوضعية. وعليه ساقوم بدراسة هـــذا المبحـــث فـــي مطلبين الأول الاثار القانونية للقسمة في القانون الوضعي والثـــاني الاثارالقانونيـــة فـــي الفقـــه الاسلامي.

المطلب الأول: الآثار القانونية للقسمة الرضائية في القانون الوضعي:

أن الأثر الأساس الذي يترتب على قسمة المال الشائع هو أن يخـــتص كـــل متقاســـم مـــن الشركاء بجزء مفرز من العقار يعادل حصته فيه بعد كانت حصته شائعة في هذا العقـــار إلا أن شراح القانون قد اختلفوا في بيان الوقت الذي أصبح فيه الشريك مالكا ملكيـــة مفـــرزة للجـــزء المفرز الذي اختص فيه، فلو اعتبر المتقاسم أنه ملك الحصة المفرزة الذي اختص بها من وقـــت

---

(1) عازر، حسام، دليل الموظف للتسجيل الابنية والطبقات والشقق والمحلات والاسطح والاقسام المشتركة، في دائـــرة تسجيل الأراضي ودائرة المساحة ص5.

القسمة لكان الأثر المترتب عن القسمة اثرا ناقلا للملكية لا كاشفا له [1]، فمنهم من قال أن الأثـــر المترتب على عقد القسمة هو أثر ناقل وكاشف ومنهم من قال اثرا كاشفا ومنهم من قـــال اثـــرا ناقلا ومنهم من قال اثرا رجعيا وبناء على ذلك فانني سادرس هذا المبحث في ثلاثة فروع الأول الأثر الكاشف للقسمة، والثاني الأثر الناقل للقسمة، والثالث الأثر الرجعي للقسمة.

الفرع الأول: الأثر الكاشف للقسمة

بعد دراسة الخصائص التي تتعلق بعقد البيع ومدى انطباقها على خصائص القســمة الرضائية يكون البحث بالآثار التي تترتب على قسمة العقار الشائع، فمن الآثار التي تترتب عن القسمة الرضائية ما يطلق عليه الأثر الكاشف، كون القسمة ما هي إلا إفــراز حصـــة معلومـــة ومقدرة بنسبة يعلمها كل شريك في العقار المشترك كالربع أو الثلث وكانت هذه النســبة شـــائعة سارية في جميع اجزاء المال الشائع، ومن ثم تم تجميع هذه النسبة على أرض الواقع في حصـــة محددة تساوي نسبته من العقار، فالحصة موجودة ولكن لم تحدد ويكشف عنهـــا، إلا أن الباحـــث يرى أنه قد ترتب عن هذا الفرز مبادلة نصيب كل واحد من المتقاسمين ما لدى الأخـــر حتـــى حصل هذا الفرز [2].

ويرى هؤلاء القائلون بالاثر الكاشف أن وظيفة القسمة هي تحقيـــق التطـــابق المعنـــوي والمادي لحق الشريك الشائع، ويكون ذلك بافراز جزء من الشيئ الشائع ليكون ملكا خالصا لهذه الشريك، وعند حدوث هذا التطابق فان القسمة تكشف لما كان لهذا الشريك في حقه الثابت منـــذ بدا الشيوع، ولا يرتب له حقا جديدا بل هو الحق القديم في الملكية الشائعة، فمثلا إذا تلقى أحـــد الورثة من مورثه حصة في مال شائع، ثم تمت هذه القسمة فيما بينه وبين شركائه فان الحصـــة

---

(1) سوار، محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الاصلية، الاشياء والاموال، مطبعة الروضة–دمشق، 1992–1993ص400

(2) " الراي الذي ياخذ به القضاء الفرنسي وهو الراي السائد في الفقه الفرنسي أن التصرف الذي يعتبر من قبيل القســمة فيترتب عليه الأثر الكاشف هو التصرف بعوض وذلك بحجة أن القسمة في جوهرها تصرف بعوض، وان اعتبار الهبة من قبيل القسمة يؤدي إلى التضحية بمصالح خلف الشريك الواهب ودائنيه.فالهبة التي تؤدي إلى اختصاص الشريك بمال مفرز نكون في نظر هؤلاء تصرفا ناقلا، فلا يترتب عليها الأثر الكاشف، بل يصبح هذا الشريك بمقتضاها خلفا للواهب " ومنهم من يرى أن القسمة عملية مقايضة لا يترتب عليها الأثر الكاشف إلا عن طريق الافتراض، نقلا عن الصدة، عبـــد المـــنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، بيروت، 1982،، مرجـــع ســـابق، هـــامش ص230.

المفرزة التي الت اليه سببها الميراث وليس القسمة، بمعنى أن القسمة لا تعطـــي الشـــريك حقـــا جديدا، وانما تغير في حق الشريك، في تحقق التطابق المادي والمعنوي للحصة التي الت اليـــه، فيصبح حق الشريك محصورا في جزء معين يختص فيه بعد أن كان هذا الحق واردا على المال الشائع كله ويتزاحم مع حقوق الشركاء الاخرين عليه[1].

أولاً: التطور التشريعي والفقهي للأثر الكاشف.

اجتهد فقهاء القانون لتحديد المقصود بالاثر الكاشف والاثر الناقل لاهميته وعلاقتـــه فـــي موضوع القسمة والاثر المترتب عليها، حيث تعتبر القسمة من باب التصرفات القانونيـــة كـــون المال المشترك وعند قسمته بين الشركاء سيخرج من ذمة كل واحد منهم إلى الأخر بقـــدر مـــا يدخل إلى ذمته من هذا المال الشائع. بمعنى أن هذا التصرف تعبير عـــن الارادة يهـــدف امـــا لاحداث أثر قانوني أو لتعديل وضع قانوني، ويصدر هذا التعبير اما عن ارادة منفردة كالوعـــد بالجائزة أم نتيجة توافق ارادتين على الاقل ويسمى عندئذ اتفاقا[2] .

والتصرف الكاشف بمفهومه الواسع حسب اتجاه الفقه الحديث فانه يستند إلى التصرف القـــانوني اصلا كون القسمة تعتبر من التصرفات وليست مـــن اعمـــال الادارة واســـتطيع أن اقـــول أن التصرف تعبير عن الارادة يهدف أو يتجه اما لاحداث أثر قانوني أو لتعديل وضع قانوني قـــائم سواء كان صادرا عن ارادة منفردة أو عن توافق ارادتين. والتصرف هو احد عناصر الملكيـــة، حيث جاءت المادة 802 من القانون المدني المصري لتعرف حق الملكيـــة عـــن طريـــق بيـــان عناصره ". وارى أن المالك على الشيوع يستطيع التصرف في حصته المشاعية كيف يشاء، من استغلال واستعمال وتصرف، دون الاضرار ببقية شركائه، والتصرف هو سلطة المالك فـــي أن

---

(1) كيرة، حسن: أصول القانون المدني، ج1، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص512. السنهوري، عبد الرزاق: جزء 8، مرجع سابق، ص953-954.

(2) رضا، علي، محاضرات في الحقوق العينية المدنية، السنة الثالثة، طبعة 968/967، جامعة حلب، ف1، ص:19.

يستخدم الشيء استخداما ما يستنفد السلطة المقررة عليه كليا أو جزئيا [1] وعليه يكون البحث بشيء من الايجاز التطور الفقهي لهذه الآثار.

أ- **في القانون الروماني:** اعتبر فقهاء الرومان أن الأثر المترتب عن قسمة العقار هو أثر ناقل وكانت تطبق إجراءات حتى تعتبر كذلك وهي إجراءات شكلية ليتم التسجيل باسم المتقاسم وبناء على ذلك وبالنسبة لهذا المفهوم تعتبر القسمة منشئة للحقوق ناقلة للملكية[2]، فهي تقوم على اساس من مبادلة المتقاسمين حصصهم الشائعة.بحيث كل متقاسم كان يعتبر متنازلا عن حصته الشائعة في الاجزاء المفرزة التي استقل بها شركاؤه لقاء تنازل شركاؤه له عن حصصهم الشائعة في الجزء المفرز الذي ال اليه. وبهذا كان المتقاسم يعتبر متلقيا عن شركائه ملكيةالحصص الزائدة عن حصته في الجزء الذي اختص به، وكاننا بصدد نظام مقايضة.

وتمشيا مع مفهوم القسمة أنها ناقلة للملكية لا كاشفة، حسب ما كان سائدا في القانون الروماني وتبع ذلك اعتبار جميع الحقوق التي يقررها احد الشركاء اثناء الشيوع كالرهن مثلا نافذة في حدود حصته التي اختص بها نتيجة المقايضة والمبادلة التي تمت ما بين المتقاسمين [3]، والتي بموجبها اختص كل منهم بجزء من الشيء الشائع. كذلك وحسب هذا المفهوم اعتبرت القسمة سببا صالحا لكسب الحق بالتقادم القصيرالمكسب [4]، هذا ولعل الأساس في ذلك كله هو أن كل متقاسم يعتبر خلفا خاصا للمتقاسم الآخر[5]، ومعنى ذلك أن القانون الروماني قد أخذ بفكرة الأثر الناقل للقسمة، ولكن لكثرة الضرائب التي كانت تفرض على نقل الملكية عند تسجيلها،

---

(1) انظر فرج، توفيق حسن، الحقوق العينية الاصلية، الدار الجامعية، ص205، انظرغانم، اسماعيل، ملخص دروس لطلبة السنة الرابعة، في العام 1953-1954، مرجع سابق، ص71. انظرالمومني، علا محمد عبد العزيز، أثر قسمة العقار الشائع في القانون الاردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة ال البيت، عمان، 2002-2003، ص62.

(2) انظر: عيد، ادوارد، الحقوق العينية العقارية الاصلية، الجزء الأول، طبعة 1979، ص287.انظر الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص222. انظر: الدحدوح، سالم حماد، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري، مرجع سابق، ص18-20.

(3) سوار، محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الاصلية، الاشياء والاموال، مطبعة الروضة-دمشق، 1992-1993ص400

(4) الجمال، مصطفى، نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، جزء اول، حق الملكية، مرجع سابق، ف153، ص:281.انظر كيرة، حسن، اصول القانون المدني، الجزء الأول، الحقوق العينية التبعية، أحكام حق الملكية، ط1، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1965، ص499.

(5) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، مرجع سابق، ف574، ص:950.

وعند النظر إلى ما يرتبه الشريك على المال الشائع من رهن أو حقوق قد تلحق الضرر بالشريك الأخر إذا ما وقعت الحصة المثقلة بالرهن في نصيب شريك اخر، كان لا بد من التحول عن الأثر الناقل الذي يضر بمصالحهم.

ب- في القانون الفرنسي

من الاسباب التي دفعت إلى التحول من الأثر الناقل إلى الأثر الرجعي للقسمة في فرنسا في نهاية القرن الرابع عشر[1]، هو أن الشريك المشتاع سيكون مسؤولا امام دائن شريكه الراهن بجميع امواله ومنه المال الشائع لسداد دين شريكه الذي لم يكن طرفا فيه [2] .

وعلى أثر ذلك لجأ المشرع الفرنسي إلى تبني فكرة الأثر الرجعي للقسمة والتي ستعالج في المطلب الثالث وهذه الفكرة تعني أنه إذا ما حصلت القسمة فانها تؤدي إلى إفراز نصيب كل شريك متقاسم فيصبح مالكا للجزء المخصص له ملكية مفرزة ليس فقط من تاريخ حصول القسمة بل من وقت بدء الشيوع. فالافراز يعتبر متحققا من وقت سابق على حصول القسمة وهو وقت بدء الشيوع، فإذا كان الشيوع قد بدأ مثلا في عام 2000 بوفاة شخص وايلولة امواله إلى ورثته، وتوصل هؤلاء الورثة إلى قسمة التركة في عام 2005، فان كلا منهم يعتبر مالكا للجزء المخصص له ملكية مفرزة من العام 2000 (تاريخ وفاة المورث وبدء الشيوع) وليس فقط من تاريخ حصول القسمة عام 2005، كذلك إذا كان سبب نشوء الشيوع هو شراء عقار من قبل أكثر من شخص فانه وفقا لفكرة الأثر الرجعي للقسمة اعتبر المتقاسم مالكا للنصيب المفرز من وقت الشراء لا من وقت تمام القسمة، ومنهم من يعتبر مبدأ الأثر الرجعي للقسمة حكما مجازيا أي مخالفا للحقيقة، الذي بمقتضاه يعتبر الإفراز متحققا من تاريخ بدء الشيوع[3] .

---

(1) الجمال، مصطفى، نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، جزء اول، حق الملكية، مرجع سابق، ف154، ص:281 -انظرالسنهوري، عبد الرزاق، الحقوق العينية الاصلية، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص950. انظر كيرة، حسن، اصول القانون المدني، الجزء الأول، الحقوق العينية التبعية، أحكام حق الملكية، ط1، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1965، ص501.

(2) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، مرجع سابق، ف574، ص:950. سوار، محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الاصلية، الاشياء والاموال، مطبعة الروضة-دمشق، 1992-1993ص402، مرجع سابق.

(3) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، مرجع سابق، ف575، ص:952.

ويمكن القول أن سبب تبني الأخذ بفكرة الأثر الرجعي للقسمة في فرنسا هو مــن أجــل إستقرار الحقوق والمراكز القانونية التي تكشف عنها القسمة، حيث أن هذا الأثر الرجعي اعتبــر أن القسمة وعند حدوثها أن المتقاسم يعتبر مالكا للحصة التي آلت له بموجب القسمة ملكية مفرزة منذ تملك على الشيوع أي منذ وفاة المورث إذا كانت ملكية المال الشائع التي انتقلت للمتقاسمين عن طريق الإرث، و إذا أخذنا بهذا المفهوم فان الشريك لا يستطيع أن يحمل المال الشائع حقوقا تكون سببا في أن يطلب الشركاء من الشريك الذي رتب حقوقا على المال الشــائع تعويضــا أو نقض القسمة وإجراء قسمة جديدة وهو ما لا يضمن إستقرار القسمة.

وبهذا الصدد فإن الفقيه الفرنسي (بوتييه) هو الذي نأدى بفكرة الأثر الرجعــي للقســمة حيث قال في كتاباته (لا تعتبر القسمة سند تمليك وإنما هي تصرف محدد للاشياء التي يتلقاهــا الوارث فحسب فكل واحد من الورثة لا يرث سوى جزءا وهذا الجزء لا يتعين إلا بالقســمة) [(1)] .وقد أخذ المشرع المصري بهذا الأثر وجاء في نص المادة 843من القانون المــدني المصــري "يعتبر المتقاسم مالك للحصة التي الت اليه منذ أن تملك على الشيوع".[(2)]

ثانياً:الراي المساند للاثر الكاشف

أخذ الكثير من فقهاء القانون يساندون فكرة الأثر الكاشف للقسمة وقال من سار فــي هــذا الاتجاه:" أن التعليل الصحيح لحق الشريك المشتاع هو أنه حق ملكية محله المادي الشيء الشائع كله، وإن كان محدداً تحديداً معنوياً بحصة الشريك في الشيوع، فيترتب على ذلــك أن القســمة بإفرازها للشريك جزءا ماديا من الشيء الشائع يختص به وحده، لا تكسبه حقا جديداً لم يكن لــه من قبل، فحقه أثناء الشيوع كان حق ملكية محله المادي الشيء الشائع كله، وإنما هــي تقتصــر على التغيير في هذا الحق على وجه معين، بإيجاد التطابق بين نطاقة المادي ونطاقه المعنــوي، فبعد أن كان حق الشريك يرد على الشيء كله ولكنه محدداً تحديداً معنويا بالثلث مــثلاً، وكــان بذلك مشتبكا بحقوق الشركاء الآخرين التي كانت ترد مثل حقه على الشيء الشائع كله، أصــبح

---

(1) انظر الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصــري، دار النهضــة العربية، 1982، فـ141، ص: 223-224.

(2) وكذلك مشروع المدني الفلسطيني والقانون المدني السوري.

هذا الحق ذاته بمقتضى القسمة محددا تحديداً مادياً بجزءٍ معين من الشيء يختص بـــه الشـــريك وحده ويعادل الحصة التي كانت له في الشيء كله.ومنهم من يقول مـــن الادلـــة علـــى الأثـــر الكاشفأيضا ما قررته المادة (1050) من القانون المدني الإردني من حق المتقاسم فـــي فســـخ القسمة الرضائية إذا لحق به غبن فاحش، فما دامت القسمة كاشفة يجب أن يحصل المتقاسم على ما يعادل حصته الشائعة، في حين لو كانت ناقلة لما منح المتقاسم هذا الحق لانها ستكون بمثابـــة البيع الذي لا يقوم على اساس المساواة وانما يقوم على المضاربة [(1)] .

وزاد الفقهاء لتعميق معنى الأثر الكاشف على ذلك بان القسمة لا تنقل للمتقاسم حقا جديداً، وإنمـــا هي محددة للحق الثابت له منذ أن تملك في الشيوع، فهي تقتصر على التغيير في بعض عناصر هذا الحق في نطاقه المادي والمعنوي، بجعلهما متطابقين فتزيل بذلك العقبات التي كانت ترجـــع إلى تشابك حقوق الشركاء على الشيء والتي كانت تحول بين كل شريك وبين الانفراد بمباشـــرة ملكيته، و إذا اتضح أن هذه هي وظيفة القسمة، فإن وصفها بانها كاشفة يكون معبراً عن حقيقـــة الحال، و إذا كان الأثر الكاشف لا يتضمن أي افتراض مخالف للحقيقة، وإنما هو ممـــا تقتضـــيه وظيفة القسمة ذاتها، فلا محل للتضييق في تطبيقه[(2)] .

" فالقسمة إذن لها أثر كاشف، بمعنى أنها لا تخلق لأي متقاسم حقا جديدا لم يكن له، بل هـــي تكشف عن حق ملكيته القائم أصلا منذ الشيوع والممتد بعد القسمة ولكن بتعديل جـــوهري فـــي محله، فبعد أن كانت ملكيته طوال الشيوع واقعة بمجرد حصة معنوية على الشيء الشـــائع كلـــه دون تحديد، تأتي القسمة فتعلن ما كان قائما له من ملكية ولكنها تحد من محلها فتحصـــره، بمـــا يطابق ما كان له من حصة معنوية – في جزء مادي مفرز من هذا الشيء، فتزيل بذلك ما كـــان يقيد من مباشرة هذه الملكية في وضعها السابق بجعل سلطاتها على المحل المحدد بالإفراز مطلقة خالصة للمقسوم له وحده، فحق المتقاسم بعد القسمة هو نفس حقه القائم قبلها وبنفس سنده، ولكن

---

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج2، ص 658 – 659.

– انظركيره، حسن، اصول القانون المدني، الجزء الأول الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص 531.

– العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية، دراسة مقارنة، 1999، عمان، ص83.

(2) الستهوري، عبد الرزاق، جزء 8، مرجع سابق هامش ص 953.حسن كيره، الحقوق العينية الاصلية، مرجع ســـابق، ص 532.

بعد أن تحقق بالإفراز التطابق من المحل المادي والحصة المعنوية بما يمتنـــع معـــه مـــا كـــان مصاحباً للشيوع قبل القسمة نتيجة انعدام هذا التطابق – من تعدد أصحاب الحق وتزاحم سلطاتهم على نفس المحل"[1] .

الرأي الأخر " أن حق الشريك المشتاع، وان كان محدداً تحديداً معنويا بحصته الشائعة إلا أنـــه يرد من الناحية المادية على الشيء الشائع كله، ومن هذا كانت وظيفة القسمة هي تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادية لحق الشريك، وذلك بإفراز جزء من الشيء الشائع تخلـــص ملكيته للشريك خلوصا تاما، والقسمة إذ تحقق هذا التطابق انما تكشف عن حق ثابت للشريك منذ بدء الشيوع فهي لا تخول الشريك سنداً جديداً، وإنما سند حق الشريك هو السند الأصلي للملكيـــة الشائعة وهي لا تخول الشريك حقا جديداً، بل تقتصر أمرها على التغيير في حق الشريك بحيـــث يتحقق هذا التطابق والأثر الكاشف للقسمة بهذا المعنى يطابق الحقيقة كما قلنا، لأنه مســـتمد مـــن طبيعة القسمة[2] .اي بمعنى أن القسمة ما هي إلا اعلان عن وضع قانوني أو حق سابق وتسجيل قيامه دون ادنى تغيير في عناصره.

الفرع الثاني: الأثر الناقل للقسمة

يقصد بالأثر الناقل بوجه عام: كل تصرف يترتب على اثره انتقال حق مـــن شـــخص إلـــى شخص أخر دون أي تغيير في محل الحق أو السلطات التي يتكون منها مضمونه[3] .فذهب قسم من فقهاء القانون ليقول:"إن التصرف الناقل هو الذي ينقل للمتصرف اليه حقا لم يكن موجودا من قبل ومثال على ذلك عقد البيع، أما التصرف الكاشف فهو عبارة عن ذلك التصرف الذي يســـتند إلى حق سابق موجود، فيقوم بالتغيير في بعض عناصره تغيرا يزيل ما كان يعترض مباشـــرته من عقبات. وبمعنى أخر هو التصرف الذي يقتصر على التعديل في بعض عناصر حـــق ثابـــت للمتصرف اليه قبل التصرف[4] . أي أن الذي يتغير هو فقط صاحب الحق، اما الحق فيبقى ثابتا

---

(1) كيرة، حسن، اصول القانون المدني، الجزءالاول، الحقوق العينية الاصلية، ص 512، مرجع سابق.

(2) الصده، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص 237.

(3) منصور، منصور مصطفى، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيـــره، مجلـــة العلـــوم القانونية والاقتصادية، س6، ص:177

(4) الجمال، مصطفى، نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، ف156، ص:287الى290. مرجع سابق.

عند انتقاله لشخص أخر غير من كان له سابقا. واستنادا إلى تعريف التصرف الناقل هل يجوز أن نقول أن للقسمة أثراً ناقلاً؟ أي هل يصبح الحق الثابت لشخص معين على أثر القسمة ثابتا لشخص معين أخر؟ أن فكرة الأثر الناقل للقسمة ظهرت في البداية عند فقهاء الرومان وفقهاء الشريعة الاسلامية، نتيجة لتكييفهم لحق الشريك المشتاع بانه يعد مالكا في كل ذرة من ذرات المال الشائع بنسبة حصته [1] .

وبناء على الأثر الناقل فقد تصور فقهاء الشريعة الاسلامية والرومان أن الالية التي يتم من خلالها تحويل الانصبة الشائعة إلى انصبة مفرزة على أنها عبارة عن عملية مبادلة ومقايضة تجري بين الانصبة الشائعة، يقدم بمقتضاها كل شريك إلى غيره من الشركاء ما كان له من نصيب شائع في الاجزاء التي اختصوا بها، في مقابل تلقيه ما كان لكل منهم من نصيب شائع وقع فيما اختص هو به[2] .

أن هذا التحليل الذي تبناه كل من فقهاء الشريعة الاسلامية وفقهاء القانون الروماني لعملية القسمة، يحمل بين طياته مفهوم المقايضة، إذ أن المقايضة (عملية مبادلة الانصبة الشائعة (الحصص) بين الشركاء وقت اجراء القسمة)، وبذلك فإنه تعتبر ناقلة للملكية – حيث تعد احدى صور البيع التي يكون فيها المبيع والثمن من نفس الشيء[3] – فان القسمة التي احدثت هذه المبادلة تكونأيضا ناقلة للملكية.

---

(1) سنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، مرجع سابق، ص950. السرميني، عبد الجواد، والترماميني، عبد السلام، القانون المدني، الحقوق العينية، الجزء الأول، منشورات جامعة حلب، (1410هـ–1990م)، ص:418.

– وكذلك الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ص، ب749، 1982.

(2) سنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج8، مرجع سابق، ص948. سوار، وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، مرجع سابق، ص:161. انظر المادة 1116 من المجلة العدلية: (القسمة من جهة إفراز ومن جهة مبادلة....)، شرح علي حيدر. الكاساني، علاء الدين ابو بكر بن مسعود (ت587 هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج9، ص:142.

(3) انظر المادة 552 من القانون المدني الأردني والمذكرة الايضاحية: (المقايضة: مبادلة مال أو حق مالي بعوض من غير النقود) . انظر في شرح المادة 1116 من المجلة العدلية شرح علي حيدر:(.. وقوله في هذه الفقرة "مبادلة ". وعدم قوله بيعا هو لكي يشمل قسمة المنافع. انظر المادة (1178) . لأن المهايأة من جهة إفراز ومن جهة مبادلةأيضا.....) . انظر العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية، دراسة مقارنة، 1999، ص 83–85. انظر الدحدوح، سالم حماد: مرجع سابق، ص29.

ويزيد فقهاء الرومان ومن بعدهم فقهاء الشريعة الاسلامية – بقولهم: أن الأثر الناقل وان كان يحمل بين طياته معنى المقايضة، فانه كذلك يحمل معنى البيع في حالة ما إذا كانت القسمة بمعدل[1]، ففي هذه الحالة تكون المقايضة بالنسبة للحصص في حدود الحصة الاقل قيمة.اما حصول المتقاسم الذي اختص بنصيب مفرز يقل في قيمته عما كان له من حصة شائعة على المعدل، في مقابل تنازله عن الجزء الزائد للمتقاسم الاخر، ما هو إلا بيع بالمعنى الصحيح بالنسبة لحق الشريك في هذا الجزء الزائد. بمعنى أن هذا الشريك قد باع إلى الشريك الأخر نصيبه في الجزء الزائد بثمن مقداره المعدل[2] .

وعلى الرغم من أن فقهاء الشريعة الاسلامية يتفقون مع فقهاء الرومان بان للقسمة اثرا مزدوجا:ناقلا وكاشفا إلا أن فقهاء الرومان قد غلبوا فكرة الأثر الناقل خلافا لفقهاء الشريعة الاسلامية الذين اخذوا بالاثرين، المبادلة والافراز وكانوا أكثر دقة من فقهاء الرومان. وبيان ذلك أن الأثر الناقل يكون فقط بالنسبة للاجزاء التي تمت فيها المقايضة بين الشركاء اما الأثر الكاشف، فيكون بالنسبة للحصة الشائعة التي كانت لكل شريك قبل القسمة في نصيبه المفرز، والتي اندمجت في هذا النصيب وبقيت فيه بعد القسمة[3]، وحيث أن هذه الحصة لم تعد شائعة مع انصبة الشركاء الاخرى فقد عبروا عنها بالافراز[4].

وهناك من الأراء المساندة التي جاء بها الفقهاء من أن القسمة بطبيعتها ناقلة لا كاشفة، بحيث يؤكدون بأنها ناقلة وينفون أنها كاشفة، فيرى البعض منهم أن:" وجود حق شائع للمتقاسم قبل

---

(1) القسمة بمعدل: هي القسمة التي يتعذر فيها أن يختص كل شريك بكامل نصيبه عينا، فيعوض الشريك الذي يحصل على اقل من نصيبه عينا بمعدل نقدي أو غير نقدي عما نقص من نصيبه، ويلزم بهذا المعدل من حصل من الشركاء على حصة عينية أكثر من نصيبه.وهذا المعدل لا يغير من طبيعة القسمة، فهو مجرد وسيلة لتسهيل توزيع الأموال الشائعة على المتقاسمين بحسب انصبائهم.

قسمة الجمع: هو تقسيم الاعيان المتعددة المشتركة إلى اقسام وجمع الحصص في كل فرد منها في احد اقسامها

قسمة التفريق أو الفرد: هو أن تقسم العين المشتركة بنسبة حصص الشركاء فتتعين الحصص الشائعة في كل جزء منها في احد اقسامها كتقسيم عرصة مشتركة إلى قسمين. حيدر، علي، المادة 1115 وشرحها من المجلة العدلية.

(2) منصور، منصورمصطفى، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، مرجع سابق، ص109

(3) انظر بهذا المعنى الكاساني، علاء الدين ابي بكربن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج9، دار الكتب العلمية، طبعة ثانية 2003، بيروت، ص142-143

(4) انظر: الدحدوح، سالم حماد: الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري، مرجع سابق، ص30-37.

القسمة على الجزء المفرز الذي اختص به لا يمنع من القول أن القسمة ناقلة فالقسمة لم تنقل إلا الحق الشائع الذي كان لغير المتقاسم على الجزء المفرز الذي اختص به، وباجتماع هذا الحق مع ما كان للمتقاسم من قبل تخلص له الملكية، مفرزة"[1] .

ويرد بعض من الفقهاء على الفكرة الرئيسية في أقوال هذا الفريق من الفقهاء[2]، "ان من أثر القسمة هو تحقيق التطابق بين النطاق المادي لحق الشريك ونطاقه المعنوي وبذلك لا يصبح للشريك بعد القسمة حق جديد بل هو الحق القديم الذي كان قائما وقت الشيوع بعد أن تحدد محله المادي، بما يأتي " بمعنى أن أثر القسمة هو تحقيق التطابق بين النطاق المادي لحق الشريك ونطاقه المعنوي، أنها تعطي الشريك، الذي له الثلث مثلاً، حقا له كل مضمون الملكية على ثلث الشيء، بعد أن كان له حق يخوله ثلث مضمون الملكية على الشيء كله، ولا يمكن في ظل هذا التفسير – أن نقول "إن القسمة قد أبقت على الحق ذاته بعد أن حددته ذلك أن حق الشريك بعد القسمة يختلف عن حقه قبل القسمة، سواء من حيث المحل ومن حيث المضمون فقبل القسمة كان له حق يرد على كل شيء ومضمونه هو جزء من مضمون الملكية، وبعد القسمة أصبح للشريك حق يرد على جزء من الشيء ومضمونه هو كل مضمون الملكية وهو ما يكفي في تقديرنا للقول أن القسمة تعطي الشريك حقا أخر غير الحق الذي كان له أثناء الشيوع"[3] .ويرى الباحث أن هذا التفسير هو ما يثبت وجود الأثر الثاني للقسمة وهو الأثر الناقل لكل ذرة شائعة إلى الحصة الاخرى.

---

(1) منصور، منصور مصطفى، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات الغير، مرجع سابق، ص 132. ستهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج8، هامش ص 954، مرجع سابق.

(2) انظر، العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، –دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص84.منصور، منصور مصطفى، المرجع السابق، ص 133.

(3) ستهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج8، هامش ص 954، المرجع السابق. منصور، منصور مصطفى، المرجع السابق ص 171. ستهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج8، هامش ص 954، المرجع السابق

الفرع الثالث: الأثر المستند(الرجعي) للقسمة:

لقد تبنت بعض التشريعات العربية [1]هذا الأثر و يقصد بالأثر المستند للقسمة أن المتقاسم يعد مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع، وأنه لم يملك غيرها شيئاُ في بقيه الحصص، ففي قسمة التركة، مثلاً يفترض، بمقتضى الأثر المستند، أن كل وارث قد ملك نصيبه المفرز منذ موت مورثه[2] .وبهذا المعنى فإن الشركاء الذين قد اشتروا أرضا مشاعا فإنه وعند تقسيمها فان هؤلاء الشركاء وحسب مفهوم الأثر الرجعي فان كل شريك منهم يعتبر قد ملك حصته المفرزة من لحظة الشراء على الشيوع وليس من وقت تمام القسمة.

ولقد ميز بعض فقهاء القانون بين الأثر الكاشف وبين الأثر المستند، حيث اعتبروا أن الأثر الكاشف يكفي للوصول إلى أهم ما يراد من نتائج من القول بالأثر المستند، وهي أن يخلص للمتقاسم نصيبه المفرز مطهراً من تصرفات شركائه الصادرة أبان فترة الشيوع، فما دامت القسمة ذات أثر كاشف فهي تكشف عن حق المتقاسم في نصيبه المفرز[3]، وبما أن هذا الحق كان موجوداً قبل القسمة وفي فترة الشيوع، وأنه هو ذاته الذي آل إلى المتقاسم بالقسمة فيؤول مطهراً عن تصرفات شركائه، ومثقلاً بتصرفاته هو، وبهذا المعنى نستغني عن الأثر المستند والمفهوم الذي جاء به مفهوم القانون .وقد اعتبر الأثر الرجعي أنه مجرد افتراض، وهويخالف الحقيقة لانه يتجاهل أن حق الشريك كان حصة شائعة وليست مفرزة طول مدة الشيوع، علما أن نصوص المدونات العربية قد جاءت بمفهوم الأثر المستند، أما النتائج التي تترتب على الأثر الرجعي للقسمة فلا يؤخذ بها إلا بالقدر الذي يحقق الغرض المقصود من تقرير هذا الاثر. واخذ

---

(1) قانون مدني سوري م/ 797 – قانون مدني مصري م/843، المادة979مشروع قانون مدني فلسطيني، انظر السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، الجزء 8، ص947–948.المشرع الأردني لم ينص على الأثر المستند وخيرا فعل حيث نصت المادة 1047مدني اردني على:" يعتبر المتقاسم مالكا على وجه الاستقلال لنصيبه الذي آل اليه بعد القسمة". وهذا ما يؤكد على الأثر الناقل، وإن كان المشرع الأردني قد جاء في قراراته بما يفيد بالاثر المستند.

(2) سنهوري ج8، المرجع السابق، ص 954. سوار، محمد وحيد الدين، المرجع السابق. ص 159.

(3) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج 8، ص952 مرجع سابق.

– انظر:– سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، مرجع سابق، ص 158.

–انظر: كيرة، حسن، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق ص512.

–انظر:الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص 237.

–انظر:العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 84.

المشرع الفلسطيني بهذا الأثر إذ تنص المادة (33) من مشروع قانون الأراضي الفلسطيني على انه: (يعد الشريك في الارض المملوكة على الشيوع مالكا للارض التي الت اليه بطريق القسمة منذ أن تملك الارض على الشيوع)، ونصت المادة 1047مدني اردني على:" يعتبر المتقاسم مالكا على وجه الاستقلال لنصيبه الذي أل اليه بعد القسمة". وقد صدرت قرارات محكمة النقض المصرية لتؤكد على مخالفة الأثر المستند في أحكامها واخذها بالاثر المستند في أحكام اخرى حيث جاء في الرأي المخالف للاثر المستند " اجراء القسمة لا يجعل للمتقاسم حقا في الاستئثار بثمار الحصة التي خصصت له إلا من وقت حصول القسمة –الثمار حال الشيوع من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم[1] .وجاء في قرار أخر ياخذ بالاثر المستند (لما كان يترتب على قسمة المال الشائع إفراز حصة الشريك فيه باثر كاشف لا منشيء له وفق ما تقرره المادة 843 من التقنين المدني فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي الت اليه منذ أن تملك على الشيوع وانه لا يملك غيرها في بقية الحصص....) [2] . وهنا لا بد من توضيح مزايا وعيوب الأثر المستند للقسمة والراجح في اثار القسمة فقها وقانونا وكما يلي:

أولاً: الأثر المستند للقسمة واحكامه ومزاياه وعيوبه:

الاثر المستند هو أثر مخالف للواقع، و إذا ما طبق فانه يخلق نوع جديد من الملكية بحيث يترتب على الأثر المستند للقسمة محو مرحلة الشيوع السابقة لها وهي مرحلة لا شك في قيامها، ففي قسمة التركة يترتب على الأخذ بفكرة الأثر المستند للقسمة محو مرحلة الشيوع التي أعقبت موت المورث وهي المدة التي سبقت حدوث القسمة، وهي مرحلة قد تطول وخاصة في مجتمعنا الفلسطيني.ومع ذلك يتجاهلها الأثر المستند، ويعدها كأن لم تكن، وواقع الأثر أن مرحلة الشيوع هذه قد وجدت وتركت آثاراً لا يجوز تجاهلها منها أن ما قبضه الورثة من الثمار في مرحلة الشيوع لا يجب رده، ولو اعمل الأثر المستند للقسمة لوجب رد الثمار، ولوجب أن يستولي كل

---

(1) الصدة، عبد المنعم فرج حقوق عينية اصلية، دراسة القانون اللبناني والقانون المصري، مرجع سابق، ص:238وما بعدها. الطعن رقم 136، لسنة 31ق–جلسة 1965/11/25، س6، ص1145، عبد التواب، معوض، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ج4، مرجع سابق، ص 316.انظر:الدحدوح، سالم حماد، الطبيعة القانونية للتسجيل واثر تخلفه في البيع العقاري، مرجع سابق، ص251.

(2) الطعن رقم 496لسنة 41ق–جلسة1975/11/24س26ص1465، عبد التواب، معوض، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ج4، مرجع سابق، ص 318.

وارث على ثمار نصيبه المفرز منذ موت مورثه، ومنها أن التركة ينظر إليها وقت القسمة، لا وقت موت المورث فهذه الآثار تدل على وجوب الإعتداد بمرحلة الشيوع السابقة للقسمة.

اضافة إلى ذلك كيف نستطيع محو مرحلة الشيوع السابقة للقسمة إذا كان العقار وقت القسمة غير قابل للقسمة ؟بمعنى –ان صح التعبير – أن كانت قسمة العقار عن طريق التصفية وذلك ببيع العقار بالمزاد فكيف نستطيع أن نقول أن المالك على الشيوع يعد مالكا من لحظة تملكه على الشيوع ؟ فإذا طبقنا هذا القول فهذا يعني أن المالك لم يملك شيئا منذ تاريخ موت مورثه مثلا، وهذا لا يستقيم مع الواقع.

ثانياً: الراجح في الموضوع وما اخذت به التشريع والقضاء.

هناك تباين في موقف التشريعات بخصوص الأثر الكاشف ونعرض موقف التشريع والفقه المصري والفلسطيني والسوري من جانب وموقف المشرع الإردني والفقه من جانب آخركما يلي:

أ- في التشريع المصري والسوري والمشروع المدني الفلسطيني:

جاءت المادة 979 من المشروع المدني الفلسطيني، متطابقة مع كل من التشريع المدني المصري والمدني السوري على مبدأ، حيث نصت على: " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي الت اليه منذ أن تملك في الشيوع وانه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص "[1] . إذ يتضح من نص المادة المذكورة أن التشريع المشار إليها قد اخذت بمفهوم أن للقسمة اثرا رجعيا، على غرار ما جاء به القانون المدني الفرنسي في المادة 883[2]، وبهذا المعنى محو مرحلة الشيوع التي اعقبت

---

(1) المادة 843 مدني مصري، المادة 797 مدني سوري مطابقة.

(2) نقض مدني جلسة 1960/4/21، س11، ص324، عبد التواب، معوض، جزء رابع، مرجع سابق، ص305." اوجبت المادة الأولى من القانون رقم 18لسنة 1923تسجيل جميع العقود التي من شانها انشاء حق ملكية أو حقاً عيناً أخر أو نقله أو تغييره، ومؤدى ذلك أن حق الملكية لا ينتقل من البائع إلى المشتري إلا بالتسجيل والى أن يتم هذا التسجيل يبقى البائع مالكا للعقار، ويكون بالتالي هو الخصم في كل دعوى تتعلق بالعقار، ولما كان الخصم في دعوى القسمة هو الشريك المالك عملا بالمادة 452 مدني "قديم " التي تحكم النزاع وكان يبين من الوقائع التي اثبتها الحكم المطعون فيه أن دعوى القسمة رفعت من الطاعنين على المطعون عليه الثاني الذي كان مالكا للعقار والشريك الواجب اختصامه، وكان مجرد شراء المطعون عليه الأول لحصة المطعون عليه الثاني الارثية في هذا العقار وقيامه بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا

موت المورث، هذا في حال كان الشيوع ناتجا عن الارث الذي تركه المــورث.الا أنـــه وعلـــى الرغم من هذا المفهوم، -ان للقسمة اثرا رجعيا – فان الفقهاء يجمعون أن للقسمة اثرا كاشفا، وما الأثر الرجعي الذي جاءت به المادة السابقة إلا لحماية المتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع اثناء قيام الشيوع، بحيث يخلص لكل متقاسم نصـــيبه المفـــرز الـــذي خصص له في القسمة مطهرا من هذه الحقوق ويجب قصر اعمال الأثر الرجعي للقسمة في هذا النطاق واستبعاده في جميع الحالات التي لا يكون الامر فيها متعلقا بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة(1) .

وبخصوص موقف القضاء فقد ورد بقرار لمحكمة النقض المصرية ما يلي:

"على ذلك فان القسمة بطبيعتها لها أثر كاشف، إذا هي لا تنشيء حقاً جديداً للمتقاسم بل أن الحق الذي كان له في أثناء الشيوع هو الذي آل إليه بالقسمة، وكل ما أحدثته القسمة من أثر في حـــق المتقاسم إنما كان في تركيز هذا الحق في محله المادي، فبعد أن كان الحق شائعاً بحصة معنوية في كل المال الشائع، وكان هناك تباين بين نطاقه المادي ونطاقـــه المعنـــوي، أصـــبح النطـــاق المعنوي للحق بالقسمة، مطابقا لنطاقه المادي، فالأثر الكاشف للقسمة لا يتضـــمن أي افتـــراض مخالف للحقيقة، وإنما هو بالذات الذي تقتضيه وظيفة القسمةعينها"(2) .

ومنه نستنتج أن القانون المدني المصري وان كان مفهوم نصه أن للقسمة أثراً رجعياً، إلا أن مـــا درجت عليه المحاكم في اصدار قراراتها، من أن للقسمة أثراً كاشفاً ومحددا، وهو ما قـــالو بـــه فقهاء القانون.ولكنو حسب نصوص القانون المدني وتطبيقات المحاكم نجـــد أن للقســـمة أثـــرين كاشف ومستند.

يترتب عليه نقل الملكية، إذ الملكية لا تنتقل إلا بتسجيل الحكم الصادر في الدعوى، فان الحكم المطعون فيه إذ خالف هـــذا النظر يكون قد اخطا في القانون بما يستوجب نقضه. سنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ج8، ص:954.

(1) انظر بهذا المعنى، الطعن رقم 136 لسنة 31ق-جلسة1965/11/25س16ص1145 " اجراء القسمة لا يجعل للمتقاسم حقا في الاستئثار بثمار الحصة التي خصصت له إلا من وقت حصول القسمة – الثمار الناتجة حال الشـــيوع مـــن حـــق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم "، معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ج4، ط4، 1998، الناشر منشاة المعارف بالاسكندرية، ص:316.

(2) انظر بهذا المعنى، السنهوري، عبد الرزاق، احمد: ج8، ص:952 وما بعدها، مرجع سابق.

وخلافا لما استقر عليه القضاء في مصر إلا أن نصوص المواد 845 والمادة 425 والمادة 129 من القانون المدني المصري تفيد بان ما ينطبق على عقد البيع ينطبق على عقد القسمة فيما يخص نقض القسمة للغبن وان حاول الفقهاء تفسير النصوص على ما إذا تنطبق هذه المادة أو تلك[1] .

ب- التشريع والقضاء الاردني.

لقد أخذ المشرع الإردني ومن خلال نصوص القانون المدني بفكرة الازدواج لاثر القسمة، فاعتبر (المشرع الاردني) من جهة أن لها اثرا كاشفا ومن جهة اخرى لها اثرا ناقلا [2] .

1- من حيث الأثر الكاشف

تنص المادة 1038 من القانون المدني الإردني على ما يلي: " القسمة إفراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي ". واستقر القضاء الإردني على ذلك، على أن القسمة معلنة للحقوق لا منشئة لها، إذ جاء في قرار محكمة التمييز الاردنية ما يلي: "ان دعوى القسمة لا يقصد بها الفصل في نزاع على ملكية العقار المطلوب تقسيمه أو على حق من حقوق الارتفاق وانما هي تهدف إلى تحديد الجزء المادي الذي يختص به كل واحد من الشركاء على اعتبار أن القسمة مبينة للحقوق لا منشئة لها ".[3]

---

(1) انظر بهذا المعنى، الصدة، عبد المنعم فرج، مرجع سابق، 245-246.

(2) سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته في القانون الاردني، مرجع سابق، ص:162.

(3) تمييز حقوق رقم 63/230 المنشور في مجلة نقابة المحامين الاردنيين، ص497لسنة، 963، جزء 2.أنظر ايضا تمييز رقم 278، لسنة1976، سنة النشر1977، صفحة المجلة 111، جزء 4،:" أن دعوى القسمه لايقصد بها الفصل في نزاع على ملكيه العقار المطلوب قسمته حتى تتخذ قيمه العقار اساسا لتحديد مقدار اتعاب المحاماه التي يستحقها رابح الدعوى، وانما هي تهدف إلى طلب اتخاذ اجراء معين وهو تعيين الحصص الشائعه وافرازها بعضها عن بعض وان كانت قابله للقسمه أو بيعها بالمزاد العلني وتقسيم الثمن أن كانت غير قابله لها. بمعنى أن القسمه مبينه للحقوق لامنشئه لها إذ أن المتقاسمين لايصبحون ملاكا بموجب حكم القسمه الذي يحدد الجزء المادي الذي يختص به كل واحد بل هم ملاك في الاصل قبل القسمه".

ان نص القرار التمييزي يبين أن الأثر المترتب عن القسمة هو اثر كاشف على الــرغم مــن أن نص القانون المدني ياخذ بالاثرين الكاشف والناقل، بحيث يؤدي هذا الامر إلى التأكيد على الأثر الكاشف ما بين النص وقرارات المحاكم.

2- من حيث الأثر الناقل

صحيح أن من الآثار المترتبة عن القسمة أن لها أثرا كاشــفا إلا أن هــذا الأثــر لا يترتــب إلا بموجب أثر أخر بالمبادلة وهو الأثر الناقل، حيث تنص المــادة 1049 مــن القــانون المــدني الإردني أن هناك اثرا أخر للقسمة وهو الأثر الناقل فقد نصت على: " يجري في القسمة خيــار الغبن وخيار الاستحقاق وخيار اجازة قسمة الفضولي كما يجري في تقسيم الاجناس المختلفةأيضا وفي القيميات المتحدة الجنس، خيار الشرط، وخيار الرؤية وخيار العيب. أم المثليات فيجري فيها خيار العيب دون خيار الرؤية والشرط.

نرى أن المشرع الأردني في المادة السابقة قد اخضع القسمة للخيــارات التــي تخضــع اليهــا المعاوضات[(1)] .

وكذلك نجد نص المادة 1048 من القانون المدني الإردني تنص على ما يلــي: " لا يســوغ الرجوع عن القسمة بعد تمامها إلا أنه يجوز لجميع الشركاء فسخ القســمة واقالتهــا برضــائهم واعادة المقسوم مشتركا بينهم كما كان ".

وجاء في المذكرة الايضاحية لنص هذه المادة: " ولانه يوجد في القسمة معنى المبادلة لــذا اجاز الفسخ والاقالة "، وايضا: " ويكون خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيــب فــي تقســيم الاجناس المختلفة وفي القيميات. ولا يكون في قسمة المثليات خيار الشرط وخيار الرؤية ولكــن يجري فيها خيار العيب، لا ن خيار الرؤية وخيار الشرط يجريان في المعاوضات "[(2)] . وجــاء في القرار التميزي: " إذا صدر حكم قطعي بالموافقة على قسمة رضــائية بتخصــيص قطعــة

---

(1) انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني، ج2، ص:659.
(2) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني، المرجع السابق، ج2، ص:658- 659
انظر تمييز رقم 1964/391، سنة 1964، صفحة رقم 164، جزء 2.

ارض للميز وقطعة اخرى للمميز ضده فلا يقبل ادعاء المميز بان لـــه حصصـــا فـــي القطعـــة الاخرى لانه ادعاء ضد ما هو ثابت قانونا وللتناقض مع دعوى ثانية فيها حكم قطعـــي اقامهـــا المميز بطلب منع معارضة المميز ضده له وادعى فيها أن حصص المميز ضده قد انتقلت إلـــى القطعة الاخرى".

ويرى الباحث الذهاب إلى ما قاله بعض الفقهاء من أن للقسمة الرضائية أثـــرين ومـــن هـــؤلاء الفقهاء السنهوري حيث يرى: (أن للقسمة، بطبيعتها، أثرا مزدوجاً، كاشفاً وناقلاً، ولو اقتصـــرنا على صورة مبسطة لمال شائع، وقلنا أن أرضا يملكها اثنان من الشيوع لكل منهما النصف، فهذه الأرض قبل القسمة كانت ملكاً للشريكيين تتزاحم عليها ملكيه كل منهما.. فإذا نحن قسمنا الأرض بينهما وافرزنا نصيب كل منهما فيها، فإذا هذا النصيب يصبح مملوكاً لأحد الشـــريكيين، وحـــده دون الشريك الأخر، فهل يكون للإفراز عن طريق القسمة أثر كاشف أو أثر ناقل؟ أن الشـــريك عندما افرز نصيبه في الأرض، صار هذا النصيب المفرز ملكه وحده كمـــا قلنـــا، وكـــان هـــذا النصيب قبل القسمة، وفي أثناء الشيوع، ملكاً للشريكيين لكل منهما النصف، فالإفراز إذن ثبـــت للشريك في هذا النصيب المفرز ملكيته الثابتة قبل القسمة في النصف، ونقل إليه ملكيته شـــريكه الثابتة قبل القسمة من النصف الأخر، فخلصت له بذلك الملكية الكاملة حتـــى جميـــع النصـــيب المفرز، ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف في نصف النصيب، وأثر ناقل فـــي النصـــف الأخـــر، ويكون للقسمة إذن، بطبيعتها، أثر مزدوج، كاشف وناقل) .

ويرى الباحث أن للقسمة اثرا مزدوجا مرتبطا ببعضه البعض فانه إذا ترتب بعد القسمة افـــرازا فانه على أثر ذلك يترتب انتقالا لهذا الفرز- الحصة المحددة والمعينة- و إذا ترتب بعد القســـمة انتقالا فانه يترتب على الانتقال افرازا وذلك بحصر الحصص المنقولة في فرز محدد.اضافة إلى ذلك فقد جاء راي الدكتور السنهوري رحمه الله واضحا بقوله أن للقسمة اثراً مزدوجاً،، والـــذي اضاف:" ولما كان هذان الاثران يتعارضان، لم يبق إلا أن نغلب اثرا على أخر فـــي المواضـــع التي يحسن فيها، من الناحية العملية، تغليب هذا الاثر، فتارة نغلب الأثر الكاشف حيـــث يحســـن تغليبه، وتارة نغلب الأثر الناقل إذا دعت المقتضيات العملية إلى ذلك"[1]، ويرى الباحث أنه قـــد

(1) السنهوري، عبد الرزاق، جزء8، ص 949، مرجع سابق. انظر المرجع السابق هامش صفحة 949.

- الزعبي، خالد والفضل، منذر، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص304.

يعمد إلى ذلك حتى يغطي ما جاء به المشرع المصري نقلا عن المشرع الفرنسي بــان للقســمة اثرا رجعيا كما اسلفنا مع العلم أن الشريعة والفقه الفرنسي أخذ بمبدأ ازدواجية الأثر للقسمة.

المطلب الثاني:اثار القسمة الرضائية في فقه المجلة:

لم يتطرق الفقه الإسلامي لمفهوم طبيعة القسمة من حيث الاثارالمترتبة عنها كما ســبق، وهذا على نقيض ما اتجه إليه فقهاء القانون، ويمكن الوقوف على هذه الاثار عند دراســة هــذا المبحث وبشكل مختصر من اجل عدم التكرار ويتضمن البحث في الفــرع الأول نظــرة الفقــه للقسمة الرضائية والثاني المقارنة ما بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لتحديد هذه الطبيعة.

الفرع الأول: نظرة فقه المجلة للقسمة الرضائية:

الراي الغالب في الفقه أن الأثر المترتب عن القسمة هو الاثرين معا وذلك من تعريــف القســمة لصاحب البدائع[1] بقوله في تعريفها " وفي الشريعة عبارة عن إفراز بعض الانصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض ".

ويضيف الحنفية أن القسمة ليست من قبيل المبادلة المحضة[2] .

وبهذا الصدد يتوافق هذا مع ما تنص عليه المادة 1116 من مجلة الأحكام العدلية فجــاء فيها "القسمة من جهة إفراز ومن جهة مبادلة ".وجاء في شرح المــادة (1116) [3] " القســمة مطلقا سواء في المثليات أو في القيميات من جهة إفراز أي تمييز ومن جهة مبادلة أي عــوض، أي أن القسمة سواء في المثليات أو في القيميات مشتملة على معنيين فهي إفراز باحــد معنييهــا عين الحق ومبادلة بالمعنى الثاني أي مبادلة حصة شريك بحصة شريكه الأخر واخــذ عــوض حقه...".وهو ما يؤكد على أن أثر القسمة سواء في المثليات أو القيميات هو اثرا مزدوجا.

---

(1) الكاساني، علاء الدين بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ج7، ص:17، مرجع سابق.

(2) الخفيف، علي: في أحكام المعاملات الشرعية لسنة1042ص364- 365جاء فيه" فالمبادلة أن ياخذ شريك بعــض مــا كان لغيره من الشركاء في المال المشترك نظير ما اخذوه من ملكه في هذا المال، والافراز أن ياخذ كل شريك بعض حقه عينا".الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج9، ص:142

(3) حيدر، علي:درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مجلد 3، شرح المادة (1116) ص:101.

اما الفقه الحنبلي فقد قالأيضا بازدواج الاثرين أي الأثر الكاشف والاثر الناقل ولكن رتب الأثر الناقل على قسمة التراضي والتي يكون فيها معنى(المبادلة) ورتب الأثر الكاشف على قسمة الاجبار والتي يكون فيها معنى (الافراز)[1] .

الفرع الثاني: المقارنة بين فقه المجلة في تحديد اثار القسمة:

للوقوف على الأثر الناتج عن القسمة والذي نادت به القوانين الوضعية وفقهاء الشريعة الاسلامية (الفقه الحنفي) فانني ساقوم بالمقارنة بين كل من هذه القوانين والفقه الحنفي كالتالي:

أولاً: من خلال دراسة طبيعة القسمة الرضائية في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي نجد أن القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني قد تاثر بفكرة الأثر الكاشف للقسمة الرضائية على الرغم من أن نصوص القانون المدني المصري حول القسمة الرضائية قد اخذت بفكرة الأثر الرجعي للقسمة، إلا أن قرارات المحاكم قد اخذت بفكرة الأثر الكاشف للقسمة، وانا اعتقد أن توجه الفقهاء والمحاكم المصرية لهذا الاتجاه ما هو إلا للابتعاد عن معنى النص القانوني في القانون المدني المصري وهو الأثر الرجعي.

ثانياً:أما القانون المدني الإردني والذي تعتبر نصوص مواده مستقاة من الفقه الإسلامي فقد أخذ بفكرة الاثرين معا وهما (الكاشف والناقل) وقد اوضحنا ذلك سابقا ويتضح ذلك أيضا من خلال تعريفه للقسمة، وقد جاءت بعض قرارات المحاكم لتقول أن الأثر المترتب عن القسمة هو اثرا كاشفا والبعض الأخر هو أثر ناقل عن طريق مبادلة كل شريك لما له عند شريكه في حصته.ولكن وكما اوضحنا في بداية الرسالة أن المشرع الإردني اعطى للمتقاسمين الخيارات التي اعطيت للمتعاقدين في عقد البيع مما يؤكد على وجود الاثرين.

(1) سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الاردني، طبعة أولى، مكتبة دار الثقافة والتوزيع، ص:163-164، مرجع سابق.

ثالثاً: ومن خلال الاطلاع على نصوص مجلة الأحكام العدلية ذات العلاقة وشرحها يتضح أنهـا قد تبنت فكرة ازدواجية الأثر للقسمة الرضائية وهما الأثر الكاشف والاثر الناقل لها[1] .

وهنا لا بد من بيان أن الأثر الناقل يتحقق –اضافة إلى الأثر الكاشف –نتيجة المبادلة لما لكل واحد من المتقاسمين حصة مشاعية لدى المتقاسم الأخر فعند القسـمة يتنـازل كـل مـن المتقاسمين عن هذه الحصة الشائعة للأخر فتتحقق المعاوضة وهنا يتحقق الأثر الناقل، وان معنى هذه المبادلة يتحقق لوجود التفاوت في القيميات مع وجود الإفراز بالضرورة.

وان الأثر الكاشف–الافراز– يتحقق نتيجة الفرز في المكيلات والموزونات مثل القمـح والشعير، والمعدودات مثل البيض كونها من المثليات ولا يوجد معنى التفـاوت الموجـود فـي القيميات فبافرازها يتحقق الأثر الثاني للقسمة وهو الأثر الكاشـف مـع وجـود الأثـر الناقـل بالضرورة [2] .

---

(1) فقد اعتبرت المادة 1116 من المجلة أن القسمة ترتب الاثرين الكاشف والناقل. الحصكفي، علاء الدين محمد بن علي، حاشية ابن عابدين، در المحتارعلى الدر المختار،، ج9، دار المعرفة، طبعة أولى سنة2000، ص421. الزيلعي، عثمـان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج5، الطبعة الثانية، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص264.الكاسـاني، علاء الدين ابي بكربن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج9، دار الكتب العلمية، طبعة ثانيـة 2003، بيـروت، ص142.انظر السرخسي، ابي بكر محمد بن احمد بن ابي سهل، المبسوط، ج15، دار الكتب العلمية، طبعة أولـى سـنة 2001، صفحة 3. انظر الحنفي، محمد بن حسين بن علي الطوري القادري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، جـزء 8، دار الكتب العلمية، طبعة أولى، 1418هـ– 1997، صفحة 267. انظر نظام، الفتاوى الهنديـة، المعروفـة بالفتـاوى العالمكيرية في مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان، ج 5، دار الكتب العلمية، طبعة أولى، سنة2000، ص252. انظر شنيور، عبد الناصر محمد، الاثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون وتطبيقاتها المعاصرة، دراسـة مقارنـة، دار النفائس للنشر والتوزيع الاردن، طبعة أولى، 2005، ص125.

(2)فقد اعتبرت المادة 1116 من المجلة أن القسمة ترتب الاثرين الكاشف والناقل. الحصكفي، علاء الدين محمد بن علي، حاشية ابن عابدين، در المحتارعلى الدر المختار،، ج9، دار المعرفة، طبعة أولى سنة2000، ص421. الزيلعي، عثمـان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج5، الطبعة الثانية، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص264.الكاسـاني، علاء الدين ابي بكربن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج9، دار الكتب العلمية، طبعة ثانيـة 2003، بيـروت، ص142.انظر السرخسي، ابي بكر محمد بن احمد بن ابي سهل، المبسوط، ج15، دار الكتب العلمية، طبعة أولـى سـنة 2001، صفحة 3. انظر الحنفي، محمد بن حسين بن علي الطوري القادري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، جـزء 8، دار الكتب العلمية، طبعة أولى، 1418هـ– 1997، صفحة 267. انظر نظام، الفتاوى الهنديـة، المعروفـة بالفتـاوى العالمكيرية في مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان، ج 5، دار الكتب العلمية، طبعة أولى، سنة2000، ص252. انظر شنيور، عبد الناصر محمد، الاثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون وتطبيقاتها المعاصرة، دراسـة مقارنـة، دار النفائس للنشر والتوزيع الاردن، طبعة أولى، 2005، ص125.

رابعاً: يشترط القانون تسجيل القسمة، حيث أن أثر الانتقال في القسمة لا يتحقق إلا باتباع شرط التسجيل لدى المرجع الرسمي وهي دائرة تسجيل الأراضي والا يعتبر عقد القسمة باطلا، وان كان القضاء المصري قد اعتبر أن القسمة الرضائية وان لم يتم تسجيلها لدى المرجع الرسمي فان القسمة ترتب اثارها ما بين المتقاسمين انفسهم ويجوز الاحتجاج بها تجاه بعضهم البعض، ولا يحتج بها على الغيرالا إذا كانت القسمة مسجلة لدى المرجع الرسمي[1].

اما الفقه الإسلامي فانه لم يشترط التسجيل حتى يتحقق اثرالانتقال للحصص المفرزة في عقد القسمة ويعتبر بهذا المعنى عقدا صحيحا، بل اكتفى بان يتحقق الايجاب والقبول والتزام المتقاسمين بما جاء في شروط القسمة واتباع الشروط الاخرى لاتمامها، بمعنى أن الفقه قد اشترط الرضائية بشكل اساسي بحيث يرتب أثر الإفراز والمبادلة على القسمة [2].

---

(1) انظر الطعن رقم 203 لسنة 61ق– جلسة 1993/11/24، معوض عبد التواب، ص320، مرجع سابق وينص على: "" القسمة غير المسجلة. اثرها. اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الاخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه. عدم الاحتجاج بهذه الملكبة على الغير إلا إذا سجلت القسمة "".

انظر– طعن رقم (78) لسنة 22 ق– جلسة 1955/5/19 " عقد القسمة النهائية الذي يوقفه بعض الشركاء لا يعتبر باطلاً لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يعتبر ملزماً كل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف احد الشركاء عند التوقيع بيظل العقد قائماً للشريك الذي لم يوقعه أن يقره متى شاء". "القسمة ملزمة لمن اجراها، ولو لم تسجل في السجل العقاري، لأن العقد شريعة المتعاقدين (قر170 تا 1968/6/19 المحامون عدد 10و11 لعام 1968 ص302 رقم 399)، سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، المرجع السابق، هامش ص 143.

(2) تمييز رقم 106، لسنة 1961، صفحة 265، جزء 2، سنة النشر1963 "انه وان كانت القسمة التي تقع خارج دائرة التسجيل تعتبر باطلة الانها تاخذ حكم البيع العادي وتعتبر صحيحة وملزمة إذا تمت بموجب سند واقترنت بالتصرف مدة مرور الزمن عملابالمادة الثالثة من القانون المعدل للاحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة. اقرار الشريك الخصم بالقسمة يقوم مقام السند على اعتبار أن الاقرار هو سيد البينات."

الخاتمة

بعد أن انهيت بعون الله وتوفيقه دراسة القسمة الرضائية في العقار دراسة مقارنة اورد فيما يلي اهم النتائج التي توصلت اليها:-

اولا: أن الأثر المترتب على القسمة الرضائية للعقار هو أثر مزدوج -كاشف وناقل - وهو ما نصت عليه التشريعات الاردنية والفقه الحنفي وان الآثار التي نادى بها الشراح هي نظرية بحتة لا تتطابق مع الواقع العملي عند تطبيق اجراءات القسمة الرضائية لدى المرجع الرسمي وان الأثر الذي أخذ به المشرع المصري هو أثر رجعي وان تطبيقات المحاكم درجت على أن الاثرالمترتب عن القسمة هو أثر كاشف مع العلم أن فقهاء القانون المصري يقرون بوجود الاثرين .

ثانيا: اركان القسمة الرضائية للعقار تلتقي مع اركان عقد البيع من حيث الالتزامات المتقابلة من معاوضة المبيع والمقايضة والمبادلة في الانصبة الشائعة بين الشركاء ويتحقق ذلك امام دائرة التسجيل وذلك فيما يخص الأراضي التي تمت تسويتها.

ثالثا: أن الشكلية المطلوبة في القسمة وجوب التسجيل لهذا العقد والذي يعد ركن انعقاد وبهذا التسجيل ينتج الاثرين للقسمة الكاشف والناقل وان عدم تسجيلها يترتب عليه البطلان وذلك فيما يخص الأراضي التي تمت تسويتها.

رابعا: أن الاثار المترتبة على قسمة الأراضي التي لم تتم تسويتها لا تنسحب عليها ازدواجية الاثرين بالمعنى الدقيق كما هو الحال في الأراضي التي تمت تسويتها، كون التسجيل جاء ركن انعقاد وعليه فان التصرف مدة مرور الزمن في هذا النوع من الأراضي بعد قسمتها يرتب الأثر الناقل وان الاثرالكاشف يتحقق وقت القسمة.

خامسا: الاجراءات المتبعة في قسمة الأراضي التي تمت تسويتها لا تختلف عن الاجراءات المتبعة في قسمة الأراضي التي لم تتم تسويتها إلا من حيث القرارات الادارية الواجب اتباعها.

سادسا: معالجة مشاريع القوانين الفلسطينية المدني والأراضي للقسمة لا تغطي الثغرات القانونية الناتجة عن طبيعة انواع الأراضي الفلسطينية لاختلاف الاثارالناتجة عنها.

سابعاً: إجراءات قسمة الطوابق والشقق المقامة على الأراضي المسجلة لـدى دائـرة تسـجيل الأراضي والية افرازها لا تختلف عن المقامة على الأراضي التي لم يتم تسويتها لا من حيث سند التسجيل ولا من حيث الأمور الفارقة من حيث الملكية والتصرف، شريطة أن تكون هذه الأراضي داخلة في حدود البلدية والمدينة.

ثامناً: أن القسمة الرضائية الحاصلة في البلدات والقرى الخارجة عن حدود المدينـة لا تسـجل لدى دائرة المالية (دائرة ضريبة الأملاك) أو لدى دائرة سلطة الأراضي (دائرة المساحة والإسكان سابقاً) في حالة كانت الأراضي لم تجر عليها أعمال تسوية، أو في الأراضـي التي تمت تسويتها وتقع في مناطق (س) حسب تقسيمات اتفاقية اسـلوا بـين الجـانبين الفلسطيني والاسرائيلي فإن القسمة لا تسجل لدى أية دائرة رسمية حسب الأصـول وإن أخذت مصادقة الحكم المحلي.

تاسعاً: حارس أملاك الغائبين ما زال ممثلاً في دوائر تسجيل الأراضي الخارجـة عـن حـدود السلطة الوطنية الفلسطينة والتي تعرف بالأراضي (C) حسب تقسيمات اتفاقية أوسـلو، ويكـون طرفاً في القسمة عن الغائب.

التوصيات

اما التوصيات التي اتمنى على مشرعنا الفلسطيني الاخذ بها فهي:

1- الاعلان عن تسوية شاملة للعقارات غير المنقولة بشكل مركزي أو غير مركزي وذلك عن طريق الهيئات المحلية للخروج من تعدد سندات التصرف التي بحوزت المتصرف سواء بموجب اخراجات قيد المالية أو اخراجات القيد الصادرة عن دائرة المساحة أو بموجب اتفاقيات القسمة الرضائية أو بموجب الوكالات الدورية أو بموجب قرارات المحاكم التي لا يجوز تنفيذها لدى المراجع الرسمية لوجودها خارج اختصاص المدينة أو لعدم تسجيلها تسجيلا جديدا.

2- اضافة نص صريح يفيد بان القسمة الرضائية للعقار ما هي إلا مبادلة وافراز للحصص الشائعة اسوة بالقانون الإردني والمجلة، وخاصة أن بعض اجراءات القسمة امام دائرة التسجيل تاخذ طابع البيع.

3- على المشرع أن ياخذ بمجموعة قوانين الأراضي السارية المفعول وتحديد نصوصها في مجموعة واحدة تطبق كرزمة واحدة على العقار حتى يكون الأثر المترتب على القسمة هو واحد وخاصة إذا علمنا أن هناك عدة قوانين تطبق على انواع عدة من الارا ضي.

4- على المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني عدم معالجة المواضيع التي تمت معالجتها في قانون خاص آخر، مثال على ذلك

أ- كرر المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني بعض المواد في مشروع قانون الاراضي.

ب- قام المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني بتكرار نصوص عالجت موضوع العلو والسفل بطريقة مفصلة في مجلة الاجكام العدلية.وكان على المشرع وحسنا فعل في المادة 996 من المشروع المدني عندما احال معالجة أحكام ملكية الطوابق والشقق حسب ما جاء في القانون رقم 1 لسنة 1996 والصادر بشان تمليك الطوابق والشقق والمحلات،

والمنشور في الوقائع الفلسطينية العدد الحادي عشر، أن يحيل المواضيع المذكورة اسوة بموضوع الطوابق والشقق.

5- على المشرع أن يعيد صياغة المادة 28 من قانون تنظيم المدن والقرى رقم 79 لسنة 1966 بحيث يلغي شرط الإفراز المتعلق بالمساحة والذي حدده بمساحة عشرة دونمات والنظر إلى نظام رقم (33) لسنة 1996 الإردني في مواده الثالثة والرابعة و الخامسة حيث بينتأيضا أن الأرض لا يمكن إفرازها إذا قلت عن أربعة دونمات أو في مادة الخامسة أن لا تقل عن دونم مشترطة أن يكون مع الشركاء الخزينة أو الوقف شريكاً معهم، وأن يترك أمر الإفراز للبلدية حسب الشروط ومقتضى الحال التنظيمي.

6- على المشرع النص على أن يكون مأمور تسجيل الأراضي هو ممثل الغائب أو ناقص الأهلية وذلك بعد أخذ الإذن من المحكمة الشرعية بحيث لا تنقلب القسمة الرضائية إلى قضائية .

7- على المشرع النص صراحة على أن الأراضي التي لم تتم تسويتها سواء كانت مالية أو تسوية غير منتهية أو غير ذلك تجري قسمتها حسب القوانين المطبقة على أن تسجل هذه القسمة أو البيوعات في دائرة المالية أو دائرة المساحة وخاصة أن البيوعات الخارجية أو القسمة الرضائية لا تنفذ حتى الآن إلا إذا أخذت حكماً قضائياً جاء فيها "تغيير أية قيود تتعارض مع مضمون القرار لدى الدوائر الرسمية ومنها دائرة المالية إلا أن هذا القرار على الرغم من صدوره من المملكة المختصة إلا أنه لا يسجل لدى دائرة المساحة (اراضي التسوية غير المنتهية)".

8- نتمنى على المشرع أن يبدأ بإجراءات التسوية أولاً بالأراضي التي لم تنته تسويتها ابان حكومة المملكة الاردنية الهاشمية إذا علمنا أن جدول الحقوق في بعض المناطق الفلسطينية كان معلقاً ولم يبق على الموعد لتصبح الأراضي التي علق لها الجدول المذكور أياماً قليلة ,وان هذا الامر يساعد كثيراً في أمور عدة وخاصة في القيود وانتقال الإرث وأيضاً القسمة وجميع التصرفات الناقلة للحقوق.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المراجع العربية:

ابو البصل، عبد الناصر موسى، **دراسات في فقه القانون المدني**، النظرية العامة للعقد، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، طبعة أولى 1999.

افندي، المحامي ابراهيم ناجي، كتاب **حقوق التصرف و شرح قانون الاراضي**، طبع في مطبعة دار السلام، بغداد، 1342هـ.

البدراوي، عبد المنعم، **الحقوق العينية الاصلية**، ط1968، الناشر سيد عبد الله وهبة.

البكري، محمد عزمي: **قسمة المال الشائع واحكام دعوى الفرز والتجنيب فقهاً وقانوناً**، الطبعة السادسة، دار محمود للنشر والتوزيع، 1998م.

الجمال، مصطفى: **نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن**، الجزء الأول، حق الملكية، المكتب الشرقي للنشروالتوزيع، بيروت–لبنان.

حداد، حمزة، دواس امين وآخرين:، **دراسات حول مشروع القانون المدني الفلسطيني**، تحرير مصطفى عبد الباقي.

الحلالشة، عبد الرحمن: **بيع ملك الغير**، دراسة مقارنة، ط1، 1998، دار وائل للطباعة والنشر، عمان– الاردن.

رضا، علي: **محاضرات في الحقوق العينية المدنية**، السنة الثالثة، طبعة 968/967، جامعة حلب.

الزعبي، خالد و الفضل منذر، **المدخل إلى علم القانون**، طبعة أولى، المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان– الاردن، 1995

الزعبي، محمد يوسف، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الاردني، الطبعة الأولى، د.ن، 1414هـ–1993.

السرحان، عدنان؛ خاطر، نوري: **شرح القانون المدني الإردني** –مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) –دراسة مقارنة –، د.ن.، 1997.

السرميني، عبد الجواد؛ الترماميني، عبد السلام: **القانون المدني،** الحقوق العينية، الجزء الأول، منشورات جامعة حلب، (1410هـ–1990م) .

سلطان، انور: **العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة،** دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1976.

سلطان، أنور، **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني،** دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، طبعة أولى، عمان 1987.

السنهوري، عبد الرزاق احمد: **الوسيط في شرح القانون المدني،** حق الملكية مع شرح مفصل للاشياء والاموال، المجلد الثامن، دار احياء التراث العربي، بيروت–لبنان.

سوار، محمد وحيد الدين: **حق الملكية في ذاته في القانون المدني الاردني،** الطبعة الأولى، الكتاب الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان–الاردن، 1413هـ–1993م.

سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، الأشياء والأموال، مطبعة الروضة، دمشق، 1992–1993.

سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإدارية، العقد والأداة المنفردة، دمشق، المزرعة، 1976.

الصدة، عبد المنعم فرج: **الحقوق العينية الاصلية،** دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، 1982.

الصدة، عبد المنعم فرج: **محاضرات في القانون المدني،** نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، على طلبة قسم الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية.

ضاهر، فؤاد: **القسمة العقارية، نص–فقه–احتهاد،** الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس–لبنان، 1994م–1414هـ.

عازر، حسام، دليل الموظف لتسجيل الابنية والطبقات والشقق والمحلات والاسطح والاقسام المشتركة، في دائرة تسجيل الأراضي ودائرة المساحة

عباد، إبراهيم إليهاس، الملك والمملوك، ملاحظات قانونية في تمييز أراضي الأفراد في الأراضي الأميرية في فلسطين، عرضها بالإيطالية الأب فيليب تلفاكيا "القانوني" نقلها إلى العربية إبراهيم الياس عياد، مطبعة سيدة، فلسطين، 1936.

عبد التواب، معوض: **المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني**، الجزء الأول، الطبعة الرابعة مزيدة ومنقحة، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1998م.

عبد التواب، معوض: **المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني**، الجزءالرابع، الطبعة الرابعة مزيدة ومنقحة، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1998م.

العبيدي، علي هادي: **الوجيز في شرح القانون المدني الاردني**، الحقوق العينية، دراسة مقارنة، 1999.

عطا الله، يوسف إبراهيم، مساعد مدير الأراضي في الضفة الغربية، مجموعة قوانين الأراضي.

عناني، بدر عبد الرزاق، قوانين الاراضي، القانون العثماني، أحكام الاراضي، القانون الاردني، معاملات الاراضي.

عيد، ادوار: **الحقوق العينية العقارية الاصلية**، الجزء الأول، طبعة 979.

غانم، اسماعيل: **الحقوق العينية الاصلية**، حق الملكية، الجزء الأول، مكتبة عبد الله وهبة، 1959م.

فرج، توفيق حسن: **الحقوق العينية الاصلية**، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1983م.

القره داغي، علي محيي علي، **مبدا الرضا في العقود**، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني (الروماني والفرنسي والانجليزي والمصري والعراقي) الجزء الأول، دار البشائر الاسلامية، الطبعة الثانية، بيروت –لبنان، 1423هـ–2002

القسوس، وليد نجيب: **ادارة وازالة المال الشائع دراسة مقارنة**، طبعة 1993مطبعة الجامعة النموذجية، عمان–الجبيهة.

كامل، رمضان جمال، المشكلات العملية التي يثيرها عقد البيع العرفي، دار الالفي لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا، الطبعة الثالثة، 1998، معلقا عليها باحدث أحكام محكمة النقض.

الكزبري، مأمون: **القانون المدني**، الحقوق العينية، تقسيم الاشياء والاموال، الحقوق العينية الاصلية الحقوق العينية التبعية، مطبعة جامعة دمشق، عام 1962.

الكزبري، مامون: **القانون المدني**، الحقوق العينية، مطبعة الجامعة السورية، 1379هـ–1959.

كيرة، حسن: **اصول القانون المدني**، الجزء الأول، الحقوق العينية الاصلية، أحكام حق الملكية، الطبعة الأولى، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1965م.

كيرة، حسن: **الموجز في احكام القانون المدني**، طبعة 1975، الناشردار المعارف بالإسكندرية.

اللمساوي، فايز السيد؛ اللمساوي، اشرف فايز: الملكية الشائعة، **أحكامها العامة ومشكلاتها العملية في ضوء احدث أحكام النقض في العشرين سنة الأخيرة حتى سنة 2002**، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2003–2004م.

المحيط، **مجمع اللغة العربية**، تأليف أديب اللجمي وآخرين، تقديم محي الدين صابر، مجلد 3، من ف–ي.

المر.دعيبس، أحكام **الأراضي المتبعة في البلاد المنفصلة عن السلطة العثمانية**، 1923.

مراد، عبد الفتاح، **دعاوى بيع العقـارات،** شرح تفصيلي للإجراءات العمليـة لـدعاوى بيـع االعقارات في قانون المرافعات والقانون المدني وقانون الحجـز الإداري، يطلـب مـن المكتبات الكبرى، 1995.

مرسي، محمد كامل: **شرح القانون المدني الجديد،** الحقوق العينية الأصلية، الجـزء الخـامس والجزء السادس، أسباب كسب الملكية، الميراث وتصفية التركـة، المطبعـة العالميـة، 1371هـ-1951.

المعجم الوسيط، **مجمع اللغة العربية الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث،** الجـزء الأول، من أول الهمزة إلى أخر الضاد، دار الدعوة، استنبول-تركيا.

منصور، مصطفى منصور **تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره،** مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، س6.

المومني، احمد سعيد: **الشقق والطوابق،** دراسة قانونية مقارنة، طبعة أولى، مطبعة التوفيـق، عمان، 1984.

الناهي، صلاح الدين عبد اللطيف: الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقيـة والمملكة الأردنية الهاشمية والكويت، مصادر الحقوق الشخصـية، مصـادر الالتـزام، المصادر الإدارية.

الوحيدي، درويش مدحت: الأحكام **العامة في قـانون الأراضـي الفلسـطيني،** الجـزء الأول والثاني، غزة-فلسطين، 2001.

ابن منظور، لسان العرب، **المحيط،** دار لسان العرب، مجلد ثان، بيـروت، المنظمـة العربيـة للتربية والثقافة والعلوم. المجمع العربي الأساسي، النشر للمنظمة، توزيع لاروس.

ثانياً: المراجع الفقهية

ابن قدامة، أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، **المغنـي** علـى مختصـر الخرقي، دار الكتب العلمية، طبعة ثانية، مجلد 9، بيروت -لبنان، 2004.

الاصبحي، مالك ابن انس، **المدونة الكبرى**، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمـــام عبد الرحمن بن قاسم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.

التسولي، علي بن عبد السلام، **البهجة في شرح التحفة لابن عاصـــم**، دار المعرفـــة للطباعـــة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثالثة، (1397هـــ-1977م)، ج2.

الحصكفي، علاء الدين محمد بن علي، حاشية بن عابدين، **ردّ المحتار على الدر المختار**، ج9، دار المعرفة، طبعة أولى سنة2000،

الخفيف، علي، **أحكام المعاملات الشرعية**، لسنة1042.

الدسوقي، محمد بن احمد بن عرفة المالكي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، للشيخ أبـــي البركات سيدي احمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، الجزء الخـــامس، دار الكتـــب العلمية بيروت، طبعة أولى، 1417-1996.

الزحيلي، وهبة، **المعاملات المالية المعاصرة**،، دار الفكر، الطبعة الأولى، دمشـــق، ســـورية، 2002 1423هـــ.

الزيلعي، عثمان بن علي، **تتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، الطبعـــة الثانيـــة، دار المعرفـــة للطباعة والنشر، ج5، بيروت-لبنان، (743هـــ-1343م) .

السرخسي، أبي بكر محمد بن احمد بن أبي سهل: **المبسوط**، ج15، دار الكتب العلميـــة، ط1، 2001.

شنيور، عبد الناصر محمد، الإثبات بالخبرة بين القضاء الإســـلامي والقـــانون وتطبيقاتهـــا المعاصرة، دراسة مقارنة، دار النفائس للنشر والتوزيع الأردن، طبعة أولى، 2005.

الطوري، محمد بن حسين بن علي القادري الحنفي، **تكملة البحر الرائق شرح كنـــز الـــدقائق**، جزء 8، دار الكتب العلمية، طبعة أولى، 1418هـــ- 1997.

الكاساني، علاء الدين بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط2، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986.

اللبناني، سليم رستم باز، **شرح المجلة**، طبعة ثالثة، المطبعة الأدبية، بيروت، 1923.

نظام: **الفتاوى الهندية**، المعروفة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج 5، دار الكتب العلمية، طبعة أولى، سنة2000.

ثالثاً: الرسائل الجامعية

أبو الرب، يوسف توفيق محمود، أحكام **القسمة في الشريعة الإسلامية**، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية نابلس، 1997.

الدحدوح، سالم حماد، **الطبيعة القانونية للتسجيل واثر تخلفه في البيع العقاري**، دراسة لإحكام القانون الفرنسي والمصري والعراقي والأردني والفلسطيني مقارنة بفقه الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، طبعة ثانية، 1998

الدويك، محمد سامح الشيخ سالم، **قسمة المال الشائع**، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، الأردن أيار-1994.

صباح، سامي محمد، **حقوق والتزامات ملاك الطوابق والشقق في القانون الأردني**-دراسة مقارنة- رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القدس، فلسطين، 1999/12/27.

ملحم، خالد حسين عبد الله، **القسمة في الفقه الإسلامي**، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت، الأردن، 2000/1/19.

المومني، علا محمد عبد العزيز، أثر **قسمة العقار في القانون المدني الأردني**:دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، الأردن، 2002-2003.

هزيم، ربحي محمد احمد، **ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين، 2007.

رابعاً: المصادر

الأمر العسكري، رقم 25 الصفقات العقارية.

الأمر العسكري، رقم 58 الأموال المتروكة، الأموال الخصوصية.

الأمر العسكري، رقم 59.

الأمر العسكري، رقم 858 تعديل قانون رسوم تسجيل الأراضي.

الأمر العسكري، قانون أملاك الغائبين للعام 1950.

حيدر، علي، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، ترجمة المحامي فهمي حسني، طبعة أولى ت(1411هـ-1991م) دار الجيل، بيروت.

قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001.

قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم (49) لسنة 1953.

قانون الشهر العقاري المصري رقم 114 لسنة 1946

قانون الشهر العقاري المصري رقم 114لسنة 1946.

القانون المدني الإردني رقم 43 لسنة 1976 ومذكراته الايضاحية.

القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949

القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة1950

القانون المدني المصري رقم 131 لسنة1948

قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932

قانون انتقال الأراضي لسنة 1920

قانون رقم (1) لسنة 1996 بشأن تمليك الطبقات والشقق والمحلات الفلسطيني، صدر بمدينة غزة، 1996/1/6.

قانون رقم (11) لسنة 1968، قانون التقسيم ضمن مناطق البلديات.

قانون رقم (26) لسنة 1958، قانون رسوم تسجيل الأراضي.

قانون رقم (40) لسنة 1952. تسوية الأراضي والمياه الإردني

قانون رقم (41) لسنة1953. تحويل الأراضي من نوع الميري إلى الملك نشر في الجريدة الرسمية عدد رقم 1134 بتاريخ 1953/3/16م.

قانون رقم (46) لسنة 1953، وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين نشر في الجريدة الرسمية عدد 1135 بتاريخ 1953/3/1.

قانون رقم (48) لسنة1953، تقسيم الأموال غير المنقولة الإردني المنشور في الصفحة (754) من الجريدة الرسمية عدد(1135) في 1953/3/1.

قانون رقم (6) لسنة 1964، قانون تسجيل الأراضي غير المنقولة التي لم يسبق تسجيلها، نشر هذا القانون في عدد الجريدة الرسمية رقم 1734 بتاريخ 1964/3/1.

قانون رقم (79) لسنة 1966، تنظيم المدن والقرى والابنية الإردني نشر في العدد رقم 1952 بتاريخ 1966/9/25.

قانون رقم(51) لسنة 1958، قانون معدل للاحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة.

قانون ملكية الطوابق والشقق رقم (25) 1968الاردني، نشر في العدد 2089 من الجريدة الرسمية بتاريخ 1968/4/16.

مرسوم الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952 في مصر.

مرسوم بقانون رقم (15) لسنة 1979 بإصدار قانون التسجيل العقاري

مشروع قانون الأراضي الفلسطينية

مشروع قانون المدني الفلسطيني

نظام تسجيل الأراضي رقم (1) لسنة 1953. نشر في العدد 1136 من الجريدة الرسمية بتاريخ 1953/3/16م.

المبادىء القانونية

قرارات محكمة التمييز الاردنية

قرارات محكمة التمييز السورية

قرارات محكمة التمييز الكويتية.

قرارات محكمة النقض الفلسطينية

قرارات محكمة النقض المصرية

مجلة نقابة المحامين الأردنيين.

مواقع انترنت

www.ale ppopar.org/forum/showthread

www.courts.gov.ps/atemplate.asp

www.islamicinter.kau.edu.as/Arabic/hewar_arbeaala.

www.majalisna.com

www.mashael@law.kuniv.edu

www.moj.gov.ps/tashreaat/law130.htm.

www.poica.org/editor/case_studies/view.

An-Najah National University
Faculty of Graduate Studies

The Satisfying Division in the Common Real Estate

-Study of Comparison-

By
Mazen Zayed Jameel E'mran

Supervised by
Dr. Hussain Mashaqi

Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Masters in Low, Faculty of Graduate Studies, at An-Najah National University, Nablus, Palestine.

2008

The Satisfying Division in the Common Real Estate
-Study of Comparison-
By
Mazen Zayed Jameel I'mran
Supervised by
Dr. Hussain Mashaqi

Abstract

This study is summarized on one of the most important cases of ending the common property which the common real estate division whereas the real estate at present is considered of the mongy of the high financial value, and it is considered a wide economic scope which man's power is measured on from the financial side, and this common property has come to form the practical problems among the proprietors of joinst tenancy that restrict the freedom of dealingin this common money and it of worth importance that the division of this common money must lead to keeping the utility in the part which every partner had been interested in after the division occurrane.

I studied this thes is three chapters which the preliminary chapter is one the them. At the outset of my study to this thesis I dealt with a preface where I showed what is meant by the commoney money according to the concept of thie compared positive law and in the Fiqh of the journal. In a preliminary chapter, I studied that the division is a reason of the reasons of ending the joint – tenancy. I studied it in two subjects. In the first subject I showed the concept of division its definition and its characterstics.

I studied this subject is two demands. The first: the concept of the divison linguistically, idiomatically and law fully. In the second: the divios contract is a formal and satis fying contract. In the second subject, I studied the termswhich must be mentioned and available in the satisfying division

contract, and they are four terms which I studied in four demands: unanimity is in the first, a ttendance is in the second aptitude. Is in the third and registration is in the fourth.

In the first chapter I studied the satisfying division, its quiddity and cases on two subjects.

The first is the quiddity of the satisfying division contract in the positive low and the Islamic Fiqh. I studied it in two demands. The first is the quiddity of the satisfying divison contract in the positive law. The second demand is the quiddity of the satisfying division contract in Fiqh. In the second demand I studied it on three demands. The first is the satisfying division with the presence or imperfect aptitude or the absent. The second is the satisfying divison with the presence of creditors of deservers of the partneis or without partners. The there is the options which the division contract gives to the partners.

In the second chapter I studied the satisfying division: its procedures and its effects. I divided it into two subjects, the satisfying division I studied it in two demonds. The first is the satisfying division procedures and divided it into two demands. The first is the satisfying division in the real estate, and the second is the indivisible real estate and the effects of this. In the second subject I studied the effects of the satisfying division, and I studied it in two demands. The first is the lawfy effects of the satisfying division in the positive law. The sefond is the effects of the satisfying division in the Fiqh of the journal.

Then, I came to the epilogue and submitted some recmendations.